

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA SÉPARATION DES POUVOIRS ET LA CONVENTION FÉDÉRALE DE 1787

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 22 juillet 1926, à 2 heures

PAR

E.-M. ERLICK

Président : M. JÈZE

Professeurs : { MM. ROLLAND
MESTRE

SOCIÉTÉ ANONYME

DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie

1926



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**LA SÉPARATION DES POUVOIRS
ET LA CONVENTION FÉDÉRALE DE 1787**

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA SÉPARATION DES POUVOIRS ET LA CONVENTION FÉDÉRALE DE 1787

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 22 juillet 1926, à 2 heures

PAR

E.-M. ERLICK

Président : M. JÈZE

Professeurs : { MM. ROLLAND
MESTRE

SOCIÉTÉ ANONYME

DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie

1926

UNIVERSITEIT DE WAGENINGEN — FACULTEIT DE RECHT

LA SÉPARATION DES POUVOIRS

ET LA

CONVENTION FÉDÉRALE DE 1787

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET DÉFENDUE PAR M. J. H. VAN DER WOUDE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AUX PROFESSEURS BONNARD, DUGUIT ET JÈZE,

guides de nos premiers pas,

En témoignage de notre vive reconnaissance

Cette thèse est affectueusement dédiée.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

CADRE DE CETTE ÉTUDE

Le titre de cette étude nous a été suggéré par le livre de M. Duguit, intitulé *La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789* (1).

La question de la « Séparation des Pouvoirs » présente à la fois un intérêt théorique et pratique, et particulièrement aux Etats-Unis où cette théorie a été incorporée sous une certaine forme dans le droit constitutionnel américain à la suite des décisions de la cour suprême (2).

Ce travail n'a pas pour objet l'étude complète du rôle joué par cette théorie dans le droit constitutionnel américain. Car ce qu'on appelle la « Séparation des Pouvoirs » touche à tout ou presque à tout

(1) *La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789* Paris (Larose) 1893.

(2) *Kilbourn vs Thompson* 103 1880, p. 168. *Field vs Clark* 143, 1891, p. 694.

et c'est un traité de droit constitutionnel et administratif qu'on pourrait écrire sous ce titre.

Dans ce vaste domaine nous ne voulons considérer qu'un fragment très limité et très circonscrit. Laissant de côté l'étude de la mise en pratique de cette théorie et des interprétations qui en ont été faites par les tribunaux américains, nous ne nous occuperons que de son rôle et de son influence à la Convention fédérale de 1787.

Nous avons l'intention de reprendre à une autre occasion ce même sujet sous d'autres aspects. Cette étude formerait alors la première partie d'une étude plus vaste qui contiendrait trois divisions. Après l'étude présente, il faudrait envisager la mise en pratique de cette théorie, c'est-à-dire son fonctionnement dans le gouvernement américain et surtout les modifications, que les institutions coutumières engendrées par la pratique vécue, y ont apportées. Nous voudrions esquisser rapidement le contenu de ces deux autres parties pour bien voir le cadre de notre étude.

« La Séparation des Pouvoirs », a-t-on souvent dit, a joué un certain rôle et a eu certaine influence à la Convention de 1787, qui a élaboré la constitution américaine (1). Mais cette constitution, une fois

(1) LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, p. 15.

BOUTMY, *Etudes de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 131.

mise en pratique, n'a pas tardé à se montrer toute autre que ce que les constituants attendaient. Déjà en 1824, à peine trente ans après la Convention, Madison écrivait que les autres constituants ne reconnaîtraient jamais leur œuvre s'ils vivaient encore. Plus de cent ans se sont écoulés depuis et des transformations encore plus inattendues ont eu lieu, principalement du fait de l'accroissement des institutions coutumières bien que le document ait été extrêmement peu altéré (1). « Un observateur qui considèrera la vivante réalité s'étonnera du contraste qu'elle présente avec la description qu'il en lira. La constitution en action est manifestement quelque chose de très différent de la constitution des livres. Il verra dans la vie bien des choses qui ne sont pas dans les livres et il cherchera en vain, dans la pratique brutale, maintes élégances de la théorie littéraire (2) ».

On peut signaler facilement la source de la plupart de ces changements, à savoir l'apparition des partis politiques, organisés, qui n'étaient pas du tout envisagés par la Constitution. Leur influence a été si grande qu'on a souvent entendu répéter cette

(1) Lettre de James Madison à Henry Lee « *Life and other writings of James Madison* » vol. III, p. 442-443, cité dans Farrand. *The Records of the Federal Convention* ; vol. III, p. 464.

(2) WILSON, *Le Gouvernement congressionnel*, p. 14.

phrase qu'on trouve chez Barthélémy (1). « Si on ne connaît pas les partis politiques en Amérique, on ne connaît pas la constitution américaine ». L'apparition des deux grands groupements politiques avec leur organisation et leur discipline a donné au système américain une tournure qui n'a jamais été prévue. Avec l'exécutif et le législatif appartenant au même parti politique et dressé en face du parti d'opposi-

(1) BARTHÉLÉMY, *Le rôle du pouvoir exécutif*, p. 123. Voyez aussi GARNER, *Idées et Institutions américaines*, p. 129.

« On pourrait être une autorité en ce qui touche à la Constitution des États-Unis et à celle de différents États, connaître admirablement l'organisation du gouvernement national et des gouvernements d'État ainsi que la jurisprudence de la Cour Suprême et cependant n'avoir qu'une faible idée des procédés et des façons d'opérer du Gouvernement si l'on n'est pas au fait de l'organisation et des méthodes des partis politiques. Les Américains remarquent fréquemment avec un certain sentiment de fierté qu'ils ont un Gouvernement de lois et non d'hommes ; en fait ce Gouvernement est exercé par des hommes qui manifestent leur action, en grande partie au moyen d'associations appelées partis politiques et qui jusqu'à une date très récente, n'étaient pas même reconnues ni réglementées par la loi. Le fait est que le peuple des États-Unis est gouverné par des partis politiques (c'est le seul moyen d'assurer la responsabilité devant le peuple dans notre Gouvernement). En réalité, quelques-uns des changements les plus importants dans l'exercice de notre système politique se sont produits, non pas [au moyen de la législation ou de changements apportés à la Constitution, mais grâce aux coutumes et aux pratiques des partis politiques. Les partis politiques jouent dans l'exercice actuel du Gouvernement, un rôle à peu près semblable à celui de la vapeur dans la marche d'une locomotive ou des nerfs-moteurs dans le fonctionnement de l'organisme humain. Ils fournissent à la fois la force motrice et l'huile lubrifiante nécessaires au fonctionnement de la machine gouvernementale ».

tion, on peut comprendre l'existence, en fait, d'une collaboration très étroite entre ces deux départements. (Pendant la présidence de Harding, il y avait même un mouvement en vue d'obtenir pour les membres du cabinet le droit de paraître au Congrès et ainsi de pouvoir directement et en personne y défendre la politique de l'Exécutif). Il faut remarquer qu'il y a ici une vraie responsabilité, non pas une responsabilité de l'exécutif vis-à-vis du législatif, mais des deux « pouvoirs » (1), sous la forme d'un parti politique, vis-à-vis des électeurs, ce qui est au fond une responsabilité analogue à celle qui joue dans le régime parlementaire anglais par l'exercice du droit de dissolution.

Il y a une question qui a été beaucoup discutée au sujet de cette collaboration (surtout entre le législatif et l'exécutif). On a dit qu'il y a une branche qui domine les autres pour qu'il puisse y avoir collaboration. M. Wilson a soutenu dans son livre « Le Gouvernement Congressionnel » qu'en réalité, c'est le Congrès qui dirige le Gouvernement (2). En revanche,

(1) Pour le moment, nous employons le mot « pouvoir » dans son sens courant, c'est-à-dire son sens très vague d'une branche du gouvernement. Nous nous expliquerons là-dessus plus tard.

(2) WILSON, *Le gouvernement congressionnel*, p. 15-16. La première chose à se demander dans l'examen de tout système de gouvernement, c'est naturellement quels sont, tout d'abord, les dépositaires réels et le mécanisme essentiel du pouvoir. Il y a toujours un centre du pouvoir : où ce centre, dans ce système est-il placé ? Dans quelles

quelques historiens ont remarqué que pendant certaines périodes de l'histoire américaine (par exemple quand Jackson était président) c'était le chef de l'Etat qui dominait cette collaboration, surtout en temps de guerre, quand le Président peut devenir un véritable dictateur. (1) Il y a aussi des auteurs

maines se trouve déposée l'autorité suprême, celle qui se suffit à elle-même et par quels intermédiaires cette autorité parle-t-elle, agit-elle ? Les réponses que l'on obtient à ces questions et à d'autres analogues en consultant les manuels pleins d'autorité, qui expliquent la Constitution, ne sont pas satisfaisantes, surtout parce qu'elles sont contredites par des faits évidents. On dit qu'il n'y a pas de force unique ni centrale dans notre système fédéral ; il n'y a pas dans le système fédéral il n'y a qu'une balance des pouvoirs et un ajustage délicat de forces agissant les unes sur les autres comme le déclarent tous les ouvrages. Qu'en est-il cependant, dans la conduite pratique du Gouvernement fédéral ? Là, sans contredit, la source de toute puissance motrice et de tout pouvoir régulateur c'est le Congrès. On a passé par dessus toutes les règles délicates de restriction constitutionnelle, et même par dessus beaucoup de larges principes de limitation constitutionnelle ; un système parfaitement organisé de contrôle par le Congrès s'est établi qui donne un violent démenti à certaines théories d'équilibre et à quelques constructions de distribution des pouvoirs, mais qui concorde parfaitement avec les faits et ne fait violence à aucun des principes de « self government » contenus dans la Constitution.

(1) GARNER, *Idées et Institutions américaines*, p. 123. « Pendant la récente guerre mondiale, le Congrès vota une série de lois qui firent en fait du Président Wilson un véritable dictateur. Il fut autorisé à réquisitionner et à s'emparer des navires, des chantiers de constructions maritimes, des navires et autres établissements et de toutes autres denrées et approvisionnements nécessaires à la conduite de la guerre ; il fut autorisé à exercer un contrôle sur la fabrication privée de tous ces produits, à fixer les prix de beaucoup

qui ont avancé à des époques différentes, la théorie d'après laquelle le Gouvernement des Etats-Unis serait un gouvernement des juges, parce que ce sont eux qui, par leur compétence d'apprécier la constitutionnalité des lois ont souvent le dernier mot.

Quelles conclusions pouvons-nous donc formuler à cet égard ? Tout ce que l'on a dit est plus ou moins vrai selon l'époque de l'histoire américaine que l'on envisage. Les trois branches du Gouvernement ne sauraient être égales dans le sens d'une égalité permanente et parfaite. La balance doit nécessairement pencher d'un côté et l'une des branches l'emporter sur les deux autres. Seulement, la balance ne penche pas toujours dans le même sens et les trois pouvoirs l'emportent tour à tour. Chacun a ses intermittences de force et de faiblesse. Selon les circonstances et selon le caractère des gouvernants, la prédominance appartient tour à tour à chacun des pouvoirs.

de denrées et à réglementer les tarifs qui pourraient être établis par les Compagnies exploitant un service public, à prohiber l'emploi des céréales à la distillation ; à interdire l'exportation des matières premières et denrées qu'il jugeait nécessaires à la conduite de la guerre ; enfin il fut autorisé à s'emparer des réseaux ferrés, télégraphiques et téléphoniques du pays et à les exploiter. Cette tâche gigantesque, il l'assuma promptement. Ces mesures législatives et d'autres encore eurent pour résultat de faire du président un véritable dictateur ; pendant le temps qu'elles ont été en vigueur, la plus grande partie des affaires de la nation se sont faites avec des autorisations accordées par lui et dans les conditions qu'il jugeait bon de prescrire ».

Cependant, ces derniers vingt-cinq ans, bien des auteurs (1) ont remarqué une tendance très nette vers l'accroissement de l'influence de l'exécutif. Déjà en 1900, M. Wilson lui-même qui en 1884, avait appelé le Gouvernement américain, un Gouvernement de Congrès, écrivait dans la préface de l'édition française de son livre (2).

« Il y a toutefois quelques points sur lesquels je désire appeler l'attention de mes lecteurs français. Je les prie de se souvenir que ce livre a été écrit pendant les années 1883 et 1884, qu'il décrit un système vivant qui comme tout ce qui est vivant se modifie sans cesse, soit dans la forme, soit dans le fond. Dès lors, la description qu'il contient du Gouvernement des Etats-Unis n'est pas aujourd'hui tout à fait ce qu'elle était le jour où le livre fut écrit.

La modification de beaucoup la plus importante à noter, c'est l'influence exercée sur la présidence par la guerre espagnole de 1898. La conséquence la plus frappante de cette guerre a été l'entrée inattendue

(1) KIMBALL, *National Government of the United States*, p. 75.

BARTHÉLÉMY, *Rôle du Pouvoir Exécutif*, p. 68 et 90.

GARNER, *Idées et Institutions américaines*, 123.

KAYE, *Readings in Civil Government*, p. 197.

WILLOUGHBY, *The Government of Modern States*, p. 244.

SHORT, *National Administrative Organisation*, p. 24-26.

WILSON, *Constitutional Government in the United States*, p. 75-76.

(2) WILSON, *Le Gouvernement congressionnel*. Edition française Boucard et Jèze, 1900. Préface, p. xxiii.

des Etats-Unis dans les affaires extérieures et dans le gouvernement de territoires éloignés (1). Et ceci a considérablement favorisé pour le président, l'occasion d'établir la fonction de « leader ». Lorsque les affaires

(1) Il est curieux que ce résultat a été prévu et prédit par un français Adolphe de Chambrun, qui écrivait en 1873 « Le Pouvoir Exécutif des Etats-Unis », p. 332.

« Une politique étrangère active et énergique suppose en effet dans le pouvoir exécutif, qui la dirige une force proportionnelle à la vigueur de l'action. Si donc l'esprit de conquête et la passion de nouveaux agrandissements territoriaux venaient à se développer aux États-Unis, ils amèneraient bientôt un accroissement inévitable dans les pouvoirs du Président. Ici il convient de jeter un regard sur la carte de l'Amérique du Nord ; on voit que les États-Unis pourraient s'étendre, soit en annexant le Canada, soit en conquérant le Mexique, soit enfin en attachant à l'Union, les grandes et les petites Antilles. Les populations du Canada sont à peu près semblables à celles qui font partie de la République ; presque toutes parlent la langue anglaise et sont habituées aux pratiques du Gouvernement libre. Viendraient-ils à faire partie de l'Union qu'elles pourraient se plier plus aisément à la pratique de ses institutions. Mais il n'en serait assurément pas de même pour les Mexicains ni pour les hommes de races si diverses, qui sont établis dans les Antilles. Le jour où les États-Unis s'annexeraient ces pays, ils seraient obligés de les gouverner ; ils devraient pourvoir aux besoins de ces populations ; en un mot établir au milieu d'elles de grands services publics. Alors ils entreraient eux-mêmes dans une voie toute nouvelle ; le gouvernement national prendrait une importance prépondérante et le pouvoir Exécutif serait amené à intervenir à chaque instant et d'une manière très rigoureuse dans les affaires des territoires annexés. Le jour où ses attributions se seraient ainsi étendues, la constitution américaine aurait subi une telle transformation, qu'elle ne serait plus ce que nous la voyons. Il se serait développé aux États-Unis un gouvernement très fort, bien plus semblable à celui que Hamilton avait voulu créer qu'à celui qui sortit des délibérations de Philadelphie.

extérieures tiennent une place de premier plan dans la politique d'une nation, nécessairement l'exécutif dirige les affaires d'importance. Incontestablement le Président des Etats-Unis est aujourd'hui à la tête des affaires comme aucun Président ne l'a été depuis le premier quart du XIX^e siècle, lorsqu'il fallait tout d'abord régler les relations extérieures du pays. Il ne faut pas s'étonner aujourd'hui si les discours du Président sont imprimés et lus mot par mot. De son choix, de son caractère, de son expérience dépendent quelques-unes des solutions les plus importantes de l'avenir. Le gouvernement des dépendances sera largement dans ses mains. Des choses intéressantes peuvent découler des changements qui ont donné au président la direction et l'initiative effective ».

Depuis 1900, d'autres changements sont venus accentuer cet accroissement de l'influence exécutive. Nous ne pouvons faire que les esquisser (1). Avec l'élargissement du domaine du travail gouvernemental, la multiplication et la complexité des tâches exigent qu'une liberté de plus en plus grande soit laissée à l'autorité chargée de traiter les affaires du

(1) KAYE, *Readings in Civil Government*, p. 197.

SHORT, *Development of National Administrative Organisation*, p. 24-26.

WILLOUGBY, *Government of Modern States*, p. 244.

CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*, vol. II, p. 107-108, note 66.

WILSON, *Constitutional Government in the United States*, p. 76.

Gouvernement. Cet élargissement entraîne un élargissement presque égal du pouvoir réglementaire de l'exécutif. Non seulement les affaires du gouvernement se sont accrues, mais elles sont aussi devenues d'un caractère plus technique et se prêtent moins aux méthodes et à l'organisation de la législature. De plus, et c'est là une caractéristique très typique de la mentalité américaine, il faut tenir compte de la demande du public d'une rapidité toujours plus grande dans l'activité gouvernementale. Enfin, il est une mesure spéciale qui pourrait avoir une grande influence sur l'évolution des rapports entre la branche exécutive et la branche législative, à savoir la loi de budget de 1921, donnant l'initiative en matière budgétaire à l'exécutif (1). Il est encore trop tôt pour prévoir les conséquences de cette réforme, mais on peut dire qu'elles ne seront pas insensibles. C'est en somme sur l'étude de ces changements et de ces développements récents que porterait la deuxième partie, mais en les envisageant au point de vue politique (2).

(1) JÈZE, *Cours de Sciences de Finances*, p. 72.

SHORT, *National Administrative Organisation*, p. 18, note 38.

(2) Les deux aspects — politique et juridique — de ces développements s'enchevêtrent évidemment dans la pratique. Nous aurions tenu à les séparer pour notre exposé, parce que le point de vue politique touche à beaucoup de questions qui ne viennent jamais devant les tribunaux et aussi pour bien marquer là où l'évolution des faits pratiques a été consacrée ou repoussée par la jurisprudence.

La troisième partie, ce serait l'exposé de l'évolution de « la séparation des pouvoirs » en tant que règle juridique. L'interprétation initiale que les tribunaux ont donnée à ce principe (surtout la Cour Suprême) et comment, après avoir donné un sens plutôt rigide à ce principe, ils ont été obligés par les nécessités pratiques d'y déroger peu à peu en employant des subtilités juridiques qui cachent les faits tout puissants (1).

Et c'est ici que ressort l'intérêt pratique de la question. Avec l'extension du domaine administratif, avec l'accroissement des corps administratifs, la question de l'interprétation, de la portée et de l'application du principe de la « Séparation des Pouvoirs » se pose de plus en plus fréquemment devant la Cour Suprême.

(1) Voyez les articles de Thomas Reed Powell « Séparation of Powers », *Political Science Quarterly* : 1912, vol. XXVII, p. 215 et suivantes, 1913, vol. XXVIII, p. 34.

CHAPITRE II

SIGNIFICATION DE « LA SÉPARATION DES POUVOIRS »

Cette étude est en quelque sorte un fragment de l'histoire d'une idée, d'une théorie de science politique. Une théorie de cette catégorie, quel que soit son domaine, peut être considérée comme un rapport intellectuel entre l'esprit de celui qui la formule et les conditions extérieures contemporaines (sur lesquelles elle porte), telles que les interprète celui qui formule la théorie. Une telle théorie perd évidemment sa force et sa signification originelles, une fois que les conditions qui lui servaient de base ont changé. Il ne reste que la façade. Mais, étant donné une certaine inertie mentale, ou un désir de stabilité chez les hommes, ou encore peut-être une incapacité de saisir assez vite les changements des conditions, cette théorie continue à être employée, bien longtemps après, comme un instrument intellectuel. Les publicistes continuent à s'en servir pour pouvoir exploiter son nom, son influence et sa vieille réputation, tout en

cachant derrière l'ancienne devise, un fond entièrement nouveau, que les conditions du moment ont fait surgir. L'histoire des théories politiques et juridiques n'est qu'une série de pareils contes. L'histoire de la théorie de la Souveraineté nationale est un exemple frappant ; à sa naissance, elle fut une arme intellectuelle d'attaque contre la conception du droit divin des rois. Aujourd'hui, au point de vue du droit international, elle est devenue un instrument de défense du nationalisme contre la marée montante de l'esprit international. C'est là, un usage qui, sûrement, n'a pas été prévu par ses promoteurs.

De même pour « la Séparation des Pouvoirs » ; combien ont évoqué son nom et pour des causes très variées et quelquefois même directement opposées ; combien de fois sa signature a-t-elle été falsifiée ? Personne ne saurait le calculer. Théorie formulée, théorie évoluée et étendue à une multitude de sens qu'on n'aurait jamais pu même imaginer au moment de son apparition comme une idée-force, elle subsiste encore aujourd'hui avec un certain prestige bien qu'il soit un peu ébranlé dans certains pays. Et il ne se passe guère un jour sans que nous voyions un fervent prétendu ou réel de son culte, invoquer le nom de cette divinité (1).

(1) Voyez *Harvard Law-Review*, may 1922 «—The judicial Power par Cuthbert Pound Rapport de « New-York Judiciary Commission » *id.* dans ce Rapport, la Commission disait que « des

Section I

SIGNIFICATIONS ABSTRAITES

Il y a deux façons d'étudier une théorie de science politique : l'analyser *in abstracto*, faisant une dissection pour mettre à nu les éléments dont elle est composée ou essayer de la comprendre historiquement, c'est-à-dire en rapport avec les faits et à travers les événements qui l'ont fait surgir. Mais pour arriver à une compréhension entière, il faut combiner les deux méthodes, l'une complétant l'autre.

Pour débayer le terrain sur lequel porte notre étude, commençons par préciser ce dont il s'agit. Ces trois mots « Séparation des Pouvoirs », qui ont joué le rôle d'un de ces « mythes » ou « idées-forces » dont parle Sorel et qui ont été le centre de discussions interminables, ont donné lieu à tellement d'interprétations variées qu'au premier contact, on se sent un peu égaré. Ceci est encore plus vrai dans la litté-

Pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires très larges sont investis et combinés dans des corps administratifs, ce qui est une dérogation nette au principe sain de la séparation des pouvoirs gouvernementaux, qui était considéré ei essentiel à la protection des droits individuels par les sages fondateurs de nos gouvernements des États ».

Voyez aussi questions des fonds électoraux devant la Commission de la Chambre ; affaire Billiet, *Le Temps* ; le 15 novembre 1925 ; le 29 nov. 1925 ; le 3 décembre 1925 ; le 20 décembre 1925. Enquête de George Suarez sur le contrôle de la Constitutionnalité des lois ; opinions des professeurs, Hauriou, Duguit, Rolland et Mestre.

rature américaine où le langage est encore plus flou et plus nébuleux que chez les auteurs français, qui ont davantage le goût de la clarté. Mais même dans la terminologie courante française on se sert du mot « pouvoir » pour désigner tour à tour des choses bien différentes. Ou bien on l'emploie pour le mot « fonction » (c'est-à-dire les formes diverses sous lesquelles se manifeste l'activité de l'Etat (1) ou les compétences de l'État) ou bien pour le mot « organe » ou groupe d'organes semblables ou connexes, c'est-à-dire les différentes personnes ou les différents corps publics qui sont chargés d'exercer les diverses fonctions. C'est ainsi qu'on emploie indistinctement le terme « pouvoir législatif » pour indiquer tantôt la fonction législative, tantôt les Assemblées. Et c'est ainsi que l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 se sert de l'expression « pouvoir législatif » pour désigner la fonction exercée par l'organe de la législation et pareillement l'art. 7 de la même loi désigne sous le nom de « pouvoir exécutif » la fonction exercée par le Président de la République. C'est de là qu'est venue en partie la regrettable habitude d'identifier verbalement les organes constitutionnels avec les compétences qui leur sont réservées ; le législateur a pris le nom de pouvoir législatif ; les autorités

(1) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*. Vol. I, p. 259 note (1).

exécutives sont couramment appelées « pouvoir exécutif ».

Si nous continuons à chercher, nous trouverons un troisième emploi du mot « pouvoir ». Ce langage équivoque, qui identifie les organes avec les fonctions est le résultat d'une conception théorique de « pouvoir » qui ne se réalise jamais dans la pratique, c'est-à-dire l'idée d'un organe spécialisé dans une seule fonction. Ceci est déjà une conception plus complexe car il s'agit de la combinaison ou de l'amalgame d'un organe et d'une seule fonction entière. C'est ainsi que M. Duguit définissait la théorie de la Séparation des Pouvoirs, comme consistant « à créer dans l'État plusieurs organes distincts, n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque et à confier à chacun des catégories de fonctions déterminées, qu'il accomplit sans le concours des autres (1) ».

Il y a encore une quatrième signification donnée à ce malheureux mot « pouvoir », plus compliquée encore et que l'on pourrait qualifier de « métaphysique ». C'est la signification que lui donnaient les constituants de 1791. Pour eux, les pouvoirs ne sont ni des fonctions, ni des organes. Les pouvoirs se conçoivent comme les éléments même de la volonté de l'État et ils sont, chacun, souverains bien qu'il n'y

(1) DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*, p. 1.

ait qu'une seule et indivisible souveraineté. Chacun de ces éléments de la souveraineté est délégué par représentation à un organe et chaque organe exerce une fonction différente. En somme « un pouvoir est un élément fractionné de la souveraineté, incorporé en un organe, lequel exerce une fonction correspondante. La souveraineté étant indivisible, chacun de ces pouvoirs est souverain et la souveraineté étant une, bien qu'il y ait plusieurs pouvoirs souverains, il n'y a jamais qu'une souveraineté (1) ».

M. Duguit a appelé cette conception « la Trinité politique » (2). Telle a été en effet la doctrine de Kant (3) qui caractérise les trois pouvoirs comme « autant de personnes morales se complétant l'une

(1) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, p. 522.

CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*, vol. II, p. 23.

(2) DUGUIT, *Traité*, vol. III, p. 523.

« L'esprit rapproche spontanément cette théorie de la Trinité politique de la théorie théologique de la trinité divine. La même conception et la même manière de raisonner sont à la base de l'une et de l'autre. La divinité est une et indivisible. Ses attributs forment autant de personnes distinctes, également divines. Mais la divinité reste une et indivisible malgré l'existence de trois personnes diverses. De même la souveraineté est une et indivisible ; ses attributs forment trois personnes distinctes également souveraines. Ils ont chacun des pouvoirs souverains. Cependant, il n'y a qu'une seule et indivisible souveraineté malgré l'existence de trois pouvoirs souverains ».

(3) *Métaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* 45-48, cité par CARRÉ DE MALBERG, vol. II, p. 23 ; voyez aussi BARTHELÉMY et DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, p. 153.

l'autre » et qui fonde ainsi la théorie de l'État en trois personnes.

En somme, il y a au moins quatre significations du mot « pouvoir » et nous n'avons aucunement la prétention de les avoir énumérées toutes. Cette terminologie ambiguë est dangereuse parce qu'elle est de nature à susciter et à entretenir en cette matière de nombreux malentendus. C'est ainsi qu'elle a contribué à embrouiller et à aggraver la controverse sans fin, qui règne parmi les auteurs sur la question du nombre des « pouvoirs ».

Il en est de même pour le mot « séparation ». Pour les uns, il s'agit d'une simple division du travail gouvernemental, d'un morcellement (et l'on entend par là le contraire d'une concentration) ; pour les autres, dans un sens plus complexe, il ne s'agit pas seulement d'une division, mais aussi d'une spécialisation (une division spécialisée) et pour un troisième groupe, « séparation » équivaut à indépendance ou autonomie, ce qui, quelquefois, entraîne, comme corollaire, l'idée d'égalité (seulement théorique, bien entendu). Encore ce mot est-il souvent employé pour indiquer ces deux notions — la spécialisation et l'indépendance — à la fois ; cela provient du mauvais emploi du mot « pouvoir » pour désigner l'organe et la fonction indistinctement. Car il faut remarquer que la notion de « l'indépendance » est liée en quelque sorte à celle de l'organe, tandis que l'idée de « la spécialisation » s'attache

plutôt à celle de « fonction ». Ainsi, on parlerait, en réalité, de l'indépendance des organes et de la spécialisation dans les fonctions en employant dans les deux cas cette expression « la séparation des pouvoirs ».

Si on pousse cette analyse un peu plus loin, on trouvera que ces deux notions « indépendance » et « la spécialisation » qu'on trouve derrière « la séparation » répondent dans l'application pratique, à deux tendances contradictoires et inconciliables. En effet, le meilleur moyen d'assurer l'indépendance des organes, c'est précisément de déroger à la règle de la spécialisation. Carré de Malberg exprime cette idée très nettement (1). « Non seulement les autorités publiques ne sauraient s'acquitter de la mission qui leur incombe, si leur compétence se réduisait à l'exercice d'une fonction matérielle unique, mais encore l'indépendance des pouvoirs exige elle-même que chacune des autorités puisse participer à des fonctions complémentaires de sa fonction principale ». C'est ce qu'indique M. Hauriou (2) « Les garanties d'indépendance n'existent que si chacun des pouvoirs politiques cumule à un certain degré les diverses activités fonctionnelles ». C'est cette même idée que Montesquieu exprime ainsi (3) « La puissance exé-

(1) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'État*, vol. II, p. 31, note 19.

(2) *Précis de droit administratif*, 9^e édition, p. 12.

(3) *Esprit des Lois*, livre XI, chap. vi.

cutive doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher, sans quoi elle sera bientôt dépouillée de ses prérogatives ».

Ce dilemme, nous dit M. Duguit, s'est posé devant l'Assemblée Constituante de 1789 (1). D'une part on aperçoit facilement en 1789 que donner au roi, sur les lois votées, un droit de veto même suspensif, c'est porter une atteinte grave au principe de la séparation des pouvoirs ; d'autre part, on n'est pas sans comprendre que refuser au roi tout droit d'examen sur les actes du corps législatif, c'est désarmer totalement le pouvoir exécutif et concentrer bientôt toute la puissance de l'État dans l'Assemblée ». C'est précisément cette contradiction entre les deux notions de « séparation » que Mounier indiquait quand il a dit à l'Assemblée Constituante dans ce langage un peu nuageux « pour que les pouvoirs restent à jamais divisés, il ne faut pas les séparer entièrement (2) ».

Ainsi nous voyons le caractère équivoque de cette expression « Séparation des Pouvoirs » ; nous voyons ses multiples interprétations qui dérivent des innombrables combinaisons que l'on peut obtenir en retenant les significations différentes de ces deux mots. Nous voyons même des contradictions parmi ces in-

(1) *La séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*, p. 34.

(2) Cité dans le rapport de M. Aucoc, p. IX.

SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des Pouvoirs*.

interprétations ; et nous avons là la cause de la confusion qui a toujours existé autour de cette théorie. Nous comprenons la raison de toutes ces discussions interminables, chacun parlant une langue différente.

Nous comprenons aussi comment certains juristes ou publicistes ont pu faire varier la portée de cette théorie pour s'en servir dans leurs arguments, exploiter son nom, sa réputation et sa force, en enrôlant sous son drapeau leurs propres idées particulières, — en les présentant comme déductions du principe de « la Séparation des Pouvoirs » ; bien entendu tel qu'ils l'entendaient et l'exposaient. Nous pouvons même comprendre comment on a vu soutenir des idées diamétralement opposées, comme conséquences logiques de la « Séparation des Pouvoirs ». Deux exemples typiques : la question du veto du chef de l'État et celle de la compétence des tribunaux pour statuer sur la constitutionnalité des lois. Précisément un des objets principaux de notre étude sera de rechercher l'interprétation que les constituants de Philadelphie donnaient à ce principe.

Section II

SIGNIFICATION HISTORIQUE

Nous avons vu ce qui arrive quand on s'empare de l'idée abstraite de la « Séparation des Pouvoirs » en l'isolant des faits pour en tirer des conséquences, ri-

goureusement logiques et pour condamner dès lors toutes les règles de droit positif qui, au point de vue rationnel et abstrait, contredisent ces déductions. On méconnaît ainsi la relativité de la portée de ce principe, c'est-à-dire ses rapports avec un « lieu » et un « temps » qui lui donnent sa signification réelle. On oublie que ce qu'on appelle « la Séparation des Pouvoirs » n'est qu'une tendance de fait qui fait partie d'une longue évolution, et qu'une telle tendance n'a rien de rigoureux ou d'absolu. Elle est plutôt « une règle d'art politique et son application doit être faite avec modération selon l'exacte mesure qu'exigent les nécessités du pays en question (1) ». En méconnaissant le caractère relatif de ce principe, on oublie aussi que « la Séparation des Pouvoirs » peut produire des effets très différents, comme une plante, qui transportée sous un autre climat, donne des fruits plus ou moins savoureux que dans le pays où elle s'était lentement formée et adaptée avec des caractères propres.

« On doit toujours se rappeler que la Séparation des Pouvoirs est un système historique, et que, pour le comprendre et l'exposer, il faut le placer dans le milieu qui lui a donné naissance (2) ».

L'idée d'une « Séparation des Pouvoirs » remonte

(1) BARTHÉLÉMY et DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, p. 152.

(2) DUGUIT, *Traité*, vol. II, p. 516.

à Aristote (1), mais sa force moderne commence à s'exercer avec Montesquieu et est liée à l'évolution du gouvernement anglais. Cette évolution représente un long mouvement vers le morcellement (ou une réaction contre la concentration) de la puissance publique, qui au début, était entièrement dans les mains du roi. Ce mouvement est composé de deux courants qui sont enchevêtrés et dont le premier a en quelque sorte engendré le deuxième. Ce sont la formation du Parlement (des deux Chambres) avec ses compétences actuelles et l'apparition d'un judiciaire indépendant. Le premier est lui-même le résultat d'un long développement, qui s'étend sur plusieurs siècles et qui s'est fait en plusieurs étapes. Au début, le roi possédait toutes les fonctions. Il faisait des lois avec l'avis d'un conseil, et il exerçait une autorité supérieure sur les cours et sur les juges, pouvant ainsi réserver certaines causes à sa connaissance (en conseil) ou statuer sur les recours admis contre les décisions des autres juridictions (2).

Au ^{xii}^e siècle, ce conseil (*magnum concilium*) comprenait uniquement des représentants du haut baronnage et les grands prélats : au cours du ^{xiii}^e siècle

(1) ARISTOTE, *Politique*. Livre IV, chap. viii et ix, p. 223 et s.

(2) Pour l'évolution du gouvernement anglais : voyez GNEIST, *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlin 1882, p. 267 et suivantes.

PIKÉ, *Constitutional history of the House of Lords*, ch. iii et iv.

STUBBS, *Constitutional History of England*, chap. xv, xvii et xx.

ESMEIN, *Droit constitutionnel*, vol. I, p. 80 et suiv. ; p. 162 et suiv.

et particulièrement à partir du Parlement modèle convoqué en 1295, par Edouard I^{er}, le magnum concilium qui n'était en somme que le conseil du roi, commence à siéger aussi comme Parlement ou États-Généraux avec une composition fort semblable à celle des États-Généraux en France (à cette différence que le Tiers-Etat, en France, ne comprenait que les députés des « bonnes villes » et que, par conséquent, le « plat pays » n'était pas représenté, tandis qu'en Angleterre, il y avait des députés des comtés. Cette circonstance allait donner beaucoup plus de force à la représentation du Tiers-Etat, d'autant que les premiers députés des comtés furent de la petite noblesse). Seulement, lorsqu'ils siègent de cette manière, on leur adjoint des représentants du bas clergé et des députés des comtés, des villes et des bourgs. La séparation en deux Chambres s'opéra au cours du xiv^e siècle ; l'une, la Chambre des Lords fut constituée par les anciens éléments du magnum concilium, c'est-à-dire par le haut baronage et le haut clergé ; et l'autre, la Chambre des Communes, fut constituée par les députés des villes et des bourgs. En 1341, les deux assemblées sont bien marquées ; en 1351, la Chambre des Communes possède un lieu de réunions particulier et à partir de 1377, elle a un speaker.

La périodicité des sessions du Parlement s'établit graduellement et en même temps, la règle de la simultanéité des sessions des deux Chambres, ce qui en-

traîna la dissociation de la Chambre des Lords et du Conseil du roi. Pendant assez longtemps, les Lords continuèrent à composer le magnum concilium ou le conseil du roi ; ils se réunissaient tantôt comme Chambre du Parlement, tantôt comme Chambre du roi. Mais ils finirent par ne plus pouvoir se réunir que comme Chambre du Parlement et en même temps que la Chambre des Communes. Ils étaient remplacés comme Conseil du Roi par le Cabinet.

Le Parlement anglais, ainsi constitué, la conquête de la fonction législative lui a demandé deux étapes, parce qu'après l'avoir acquise sur la royauté féodale du Moyen Age, elle dut la conquérir à nouveau sur la royauté absolue du ^{xvi}^e et du ^{xvii}^e siècle, imbue des idées nouvelles sur la souveraineté.

En ce qui concerne la royauté féodale, se déroulèrent les phases suivantes. Tout d'abord, le roi prit l'habitude de soumettre ses projets d'ordonnance ou d'établissement au Magnum Concilium, siégeant comme Conseil du Roi ; puis à partir du début du ^{xiv}^e siècle, comme la Chambre des Communes avait pris de l'importance, on lui demanda son assentiment et par voie de conséquence, l'assentiment du Magnum Consilium, siégeant comme chambre des Lords.

Jusque là, le roi conserva l'initiative des lois et d'ailleurs, c'était lui qui les faisait avec l'approbation du Magnum Consilium. Le changement fut l'œuvre d'un usage habile du droit de pétition qui ressemblait

au droit de doléances des Etats-Généraux en France. Les Chambres commencèrent par supplier le Roi de faire une loi, puis elles rédigèrent elles-mêmes la proposition de loi ou « Bill ». Lorsqu'elles avaient voté toutes les deux la proposition, la sanction du Roi la transformait en loi ou « statute ». Cette évolution ne se fit pas sans résistance de la part de la royauté ; mais la Chambre des Communes se servit très politiquement du droit qu'elle avait déjà de refuser l'impôt. Dès lors, la prérogative de la Couronne en matière de législation était réduite à un droit d'initiative, lorsque c'était elle qui proposait la loi ; à un droit de veto, lorsque la loi était proposée par les Chambres.

Avec la royauté absolue du ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, de nouvelles difficultés se produisirent et un nouvel effort devint nécessaire. La question était réglée pour la loi proprement dite, mais il restait aux mains du roi le pouvoir réglementaire dont il pouvait abuser parce que le règlement (ou la proclamation) n'était pas subordonné à la loi et que d'ailleurs les domaines respectifs de la loi et du règlement étaient mal déterminés. Il lui restait aussi le « jus dispensandi » le droit de dispenser de l'application de la loi dans un cas donné, sans cependant lui enlever sa force générale.

Sur ces points, la lutte entre le Parlement et la Royauté s'engage sous les Stuart, du ^{xvii}^e siècle. Dès 1610, une protestation des juges, d'accord avec le Parlement, établit la doctrine moderne, d'après

laquelle les proclamations royales n'ont, en aucun sens, force de loi et ne peuvent rien contre la loi. En 1688, lorsque le Parlement prononce la déchéance de Jacques II et appelle au trône Guillaume d'Orange, il en profite pour restreindre les prérogatives royales. Le célèbre « Bill of Rights » du 13 février 1688 supprime le droit de suspendre l'application des lois et celui de dispenser de leur application.

L'évolution d'un judiciaire indépendant fut aussi lente. Ce n'est qu'en 1701 que le Parlement, dans sa lutte avec le roi, a réussi à consacrer le principe de l'indépendance des juges dans le fameux « Act of Settlement » et cela pour qu'ils ne soient pas un instrument dans les mains du roi, contre le Parlement (1).

C'est le résultat de ces longs développements qui a frappé Montesquieu par le contraste qu'il présentait avec l'état des conditions politiques en France où la concentration de tous les attributs de la puissance étatique en la personne du roi était encore la règle (2). Remarquant aussi le développement et le plus profond respect des droits individuels en Angleterre (toujours en comparaison avec la France à son époque) il en voyait la cause dans le caractère de l'organisation politique. Dans son esprit s'établit la conviction que

(1) *Anson Law and Custom*, vol. II, chap. x.

(2) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*, vol. II, p. 11

les libertés anglaises provenaient de cette répartition des compétences entre des organes différents qui, d'après lui, assurait aux droits individuels une protection contre la tyrannie, contre l'omnipotence de l'État. En somme, il convertit cette tendance de fait, appelée par d'autres que lui « la Séparation des Pouvoirs » en corollaire de la théorie des droits naturels individuels, en la considérant comme la condition de leur garantie et de leur maintien.

Etant donnée la vogue que la théorie des droits naturels commençait à prendre dans ce temps-là, ce rapprochement a attaché une puissance impressionnante aux idées de Montesquieu. C'est lui qui a ainsi donné à « La Séparation des Pouvoirs » le caractère d'une *idée-force* qui devait avoir une influence, non seulement sur les idées philosophiques, mais aussi sur les constitutions du XVIII^e siècle.

Tout ceci était, paraît-il, aussi nouveau pour les Anglais que pour les Français « On peut dire que c'est Montesquieu qui a révélé aux Anglais la grandeur de leur constitution, qui leur a inspiré un amour filial, presque superstitieux : une superstition admirable sans laquelle les Gouvernements ne peuvent pas durer (1) ». C'est le jurisconsulte Blackstone qui, le premier, en Angleterre, à la suite de Montesquieu, a

(1) JANET, *Histoire de la Science politique dans ses rapports avec la morale*, vol. II, 2^e éd., p. 399, aussi p. 365, note.

exposé à son tour, systématiquement, cette théorie de la constitution de son pays (1). Thomas Paine, le grand révolutionnaire des deux continents, s'opposait à cette interprétation qui rattachait les libertés politiques à la forme de l'organisation du gouvernement en disant : « La vérité est que c'est uniquement aux mœurs et non à la constitution du gouvernement que l'on doit que la couronne en Angleterre n'est pas aussi oppressive qu'en Turquie (2) ».

Ce qui a donné lieu à tant de malentendus, à tant de fausses interprétations, c'est le fait que Montesquieu s'est exprimé dans des formules très générales. C'est ainsi que certains ne voyant chez lui que des généralisations, ont voulu bâtir sur elles toute une théorie abstraite. Ce fut le cas de la majorité de l'Assemblée Constituante de 1789.

« Elle ne lisait dans l'Esprit des Lois que les formules générales et synthétiques ; elle ne voyait point que Montesquieu se bornait à reproduire les règles de la Constitution anglaise » (3).

Il y a d'autres personnes qui ne se sont pas bornées à regarder ces généralisations, mais sont allées au fond observer ce que Montesquieu décrivait, à savoir la constitution anglaise. Ils ont envisagé « La Sépa-

(1) BLACKSTONE, *Commentaires*, vol. I, p. 51.

(2) JANET, *Histoire de la Science politique*, vol. II, p. 696.

(3) DUGUIT, *Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*, p. 10.

ration des Pouvoirs » plutôt comme un certain nombre de pratiques historiques, très définies et très particulières, entre lesquelles il n'y a aucun fil de logique et non comme un système géométrique dont on pourrait tirer des déductions à volonté. Nous aurons à voir dans la suite, laquelle de ces deux méthodes a été suivie par les constituants américains.

Le sens historique, général de ce principe est donc très simple ; l'Etat doit être organisé d'une façon telle qu'elle empêche la toute-puissance de se concentrer dans un seul organe. Il faut qu'il y ait plusieurs organes se limitant respectivement, dont le domaine d'action soit déterminé. Historiquement, le principe de « La Séparation des Pouvoirs » apparaît, *comme une arme de guerre contre le pouvoir absolu du roi*. Toute cette évolution qui représente un morcellement de la puissance absolue (que tenait le roi au début) basé sur une certaine division du travail gouvernemental est une œuvre des circonstances. Aucune théorie faisant la distinction des fonctions, *a priori*, sur une base abstraite, ou rationnelle n'est venue diriger la distribution des compétences entre les diverses autorités. Les influences maîtresses qui ont modelé cette distribution ont été d'ordre pratique (1). La distinction des fonctions, telle qu'on l'entendait, était elle-même une distinction historique, les notions du contenu

(1) ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, vol. I, p. 507.

des fonctions étant des produits historiques et non pas basées sur un criterium intellectuel ou scientifique, que certains auteurs ont voulu donner, comme fondement de la distinction des fonctions. Ce n'est pas une classification rationnelle et préconçue des fonctions, qui a déterminé la compétence des organes, mais c'est au contraire la compétence des organes, qui a déterminé la distinction juridique des fonctions.

C'est précisément pour cela, étant donné les changements qui sont survenus et qui surviennent incessamment pour modifier la compétence des organes, que ces auteurs n'arrivent pas à s'accorder sur le contenu de ce qu'on appelle les fonctions. Ils cherchent à faire une distinction doctrinaire, universelle et permanente, basée sur le processus des opérations intellectuelles, tandis que les fonctions sont des produits historiques, nés dans] des conditions particulières dans chaque pays et encore à une certaine époque (1).

(1) CARRÉ DE MALBERG, vol. II, p. 34, note 23. Voyez aussi GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, vol. I, p. 21, 23.

« On a l'habitude de constater comme une vérité universelle ce qui n'était qu'un phénomène local. Car de même que l'expérience anglaise se trouve à la base de la répartition des compétences en Angleterre, de même l'expérience des pays continentaux est le fondement d'une autre distribution. Il n'y a pas deux pays dans lesquels nous pouvons trouver le même partage des compétences entre les divers organes. Cette distribution, dans un pays quelconque doit être déterminée par les besoins politiques et historiques de ce pays et toute tentative pour imposer une règle rigide, dérivée des raisonnements ou d'une généralisation quelconque est vouée à l'échec ».

Même si on pouvait arriver à une distinction théorique, d'une exactitude et d'une précision indubitable (ce qui n'est pas le cas d'ailleurs) (1) l'application

(1) CARRÉ DE MALBERG, vol. II, p. 30-31.

« La séparation ou spécialisation organique des fonctions rencontre un obstacle dans ce fait qu'entre les fonctions proprement dites de légiférer, administrer et juger au sens matériel, il y a certains points de contact comme on l'a dit (ESMEIN, *Eléments du droit constitutionnel*, 7^e édition, vol. I, p. 533-537) certaines zones limitrophes ou zones mixtes comprenant des attributions qui, par leur nature, participent à la fois de deux pouvoirs fonctionnels. Tel est le cas de l'activité consistant à prendre l'initiative des lois : en un sens cette initiative est un acte de puissance législative, puisqu'elle fait essentiellement partie des opérations qui concourent à la confection des lois ; et pourtant, il est permis d'affirmer que le fait de prendre l'initiative de réformes à réaliser au moyen de lois nouvelles, de réformes administratives notamment, est en soi une mesure de Gouvernement et qu'à cet égard l'initiative législative ne saurait être refusée à l'autorité qui a charge de gouverner et d'administrer. De même on a signalé comme un pouvoir de nature intermédiaire celui qui consiste à statuer sur les contentieux administratifs. La Révolution française dans sa croyance naïve à la possibilité de séparer rigoureusement les fonctions, avait remis ce contentieux aux corps administratifs eux-mêmes, et cela, par la raison que la mission d'examiner et de trancher les questions litigieuses relatives aux affaires administratives rentre dans la fonction même d'administrer. Mais sans être inexacte, cette vue était incomplète, car s'il est incontestable que le pouvoir de se prononcer sur les difficultés que soulève l'administration est inhérent à la fonction administrative, il n'est pas moins certain que l'exercice de ce pouvoir constitue une activité de nature judiciaire, toutes les fois que ces difficultés d'ordre administratif engagent des questions intéressant la propriété et les droits individuels légaux des administrés. Ces observations montrent combien il serait illusoire de vouloir établir une séparation absolue ou même seulement une distinction nettement tranchée entre les fonctions envisagées sous un aspect matériel !

d'une telle distinction (c'est-à-dire d'une séparation des fonctions matérielles, avec affectation exclusive à chacune d'elles d'une sorte spéciale d'organes) n'en serait pas moins irréalisable. « Les difficultés proviennent des besoins pratiques qui ne peuvent jamais s'adapter complètement à une formule abstraite quelconque. Même si la théorie admettait des lignes de séparation bien nettes, il n'en est pas de même de la vie. Ce sont les considérations d'utilité politique qui déterminent l'ordre réel de l'État et qui amènent toutes sortes d'infractions aux règles mêmes les plus expressément méconnues » (1).

Comme toute théorie de science politique, celle-ci n'exprime qu'une tendance (2), pas un principe absolu, et quand une telle tendance est appliquée dans la pratique, on doit se rendre compte des circonstances qui modifient le degré et le mode de son

Voyez aussi *Political Science Quaterly* vol. 27, p. 237, Art. par Powell. Séparation of Powers Aussi *Michigan Law. Review.* Feb. 1922, art. par John A. Fairlie *The séparation of Powers.*

(1) JELLINEK, *L'Etat moderne*. Traduction française (Fardis), vol. II, p. 161. Voyez aussi Cooley's *Constitutional Limitations*. 7^e édition, p. 157 ; aussi CARRÉ DE MALBERG, vol. II, p. 30.

« Les autorités étatiques seraient mises dans l'impossibilité de remplir leur tâche attitrée, si elles étaient cantonnées dans une fonction matérielle déterminée et privées de la ressource de participer à toute fonction autre. Voyez aussi GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, vol. I, p. 23, pour les décisions contradictoires sur la nature des fonctions qu'on trouve dans les rapports des tribunaux des États particuliers aux États-Unis.

(2) GETTEL, *History of Political Thought*, p. 16-17.

application. Elle n'a rien de fixe, sauf peut-être négativement ; au point de vue positif, elle est plutôt floue. L'erreur, c'est de vouloir pousser une telle théorie jusqu'au bout, oubliant les bornes que la complexité des faits dresse inévitablement.*

La valeur et l'intérêt que comporte une telle théorie ne résident pas dans sa réalité ou dans son exactitude mais dans sa force agissante, dans son influence profonde. Elle [représente une expression vitale plutôt qu'une vérité figée ; une force motrice qui a modelé des constitutions plutôt qu'un axiome géométrique, permanent et universel. Son caractère souple lui permet de prendre toutes les formes, de s'immiscer dans des discussions innombrables pour exercer l'influence de son nom. Et c'est sous cet aspect que nous aborderons le problème de savoir quelle influence a [eu cette théorie sur les constituants américains. Pour saisir cela, il faudra exposer dans quelle conditions fut élaborée la constitution, ce qui nous permettra de comprendre l'interprétation qu'on donnait à [ce principe et l'esprit qui régnait à la Convention.

DEUXIÈME PARTIE

Conditions dans lesquelles fut élaborée la constitution américaine et leur rapport avec « La Séparation des Pouvoirs ».

La constitution américaine est l'enfant de son milieu, milieu de faits et d'idées, qui se sont combinés pour créer une certaine atmosphère psychologique au sein de la Convention. C'est cette atmosphère qui a profondément imprimé son caractère à la constitution, en donnant aux constituants leur méthode et leur attitude mentale envers les problèmes, qui se sont posés devant eux. Etudions d'abord les faits au moment de la Convention.

CHAPITRE PREMIER

LES CONDITIONS DE FAIT AU MOMENT DE LA CONVENTION

Après la guerre de l'Indépendance, les États-Unis subirent une crise redoutable (1).

Le Gouvernement de la Confédération ressemblait à une ombre sans corps, suivant le mot de Washington et le Congrès National dont les décrets restaient lettre morte, n'était plus qu'un fantôme d'Assemblée où les États daignaient à peine se faire représenter. Chacun d'eux éludait ou violait ouvertement les clauses du traité conclu avec l'Angleterre. Les puissances européennes tenaient en suspicion un pays où l'autorité se montrait incapable d'imposer le respect des engagements publics. L'armée qui déjà avant la fin de la guerre s'était désagrégée au point de ne plus compter que quelques centaines d'hommes, était maintenant impayée et en état de révolte.

(1) FARRAND, *Records of the Federal Convention*, vol. III, p. 548-549.

Le trésor fédéral était vide, la dette énorme pour l'époque. On proposa mesure sur mesure au Congrès pour lever l'argent nécessaire à payer les intérêts arriérés des bons de crédit et à constituer les fonds indispensables aux plus pressantes dépenses, mais ces projets échouèrent parce qu'ils ne recueillirent pas les neuf voix requises pour leur adoption ou parce que les États traitèrent les réquisitions avec indifférence, lorsque quelques-unes de ces propositions furent adoptées. Le numéraire des États-Unis était tombé tellement bas que des gens tapissaient, par dérision les murs de leur maison avec les papiers sans valeur du Congrès continental. Le Gouvernement fit appel aux États pour lever les 8.000.000 de dollars nécessaires aux plus vitaux besoins, mais il en recueillit seulement 400.000. Alors le Congrès demanda aux États de l'investir du pouvoir de lever un impôt de cinq % sur les importations pour une période limitée. Mais après avoir fait attendre deux ans leur décision, moins de neuf d'entre les Etats seulement parvinrent à se mettre d'accord. Il leur fut alors demandé d'engager leurs propres revenus intérieurs pour faire face aux obligations nationales, mais une telle mesure ne pouvait être adoptée que par consentement unanime ; elle fut rejetée à cause du refus de Rhode Island, malgré l'accord des douze autres Etats.

On pourra se rendre compte du degré d'impuissance

du Gouvernement, qui siégeait toujours à Philadelphie par le fait que le 9 juin, la nouvelle arriva que quatre-vingts soldats marchaient sur Philadelphie pour demander du secours. Ils déposèrent leurs armes devant le Palais d'État, où le Congrès siégeait alors et refusèrent d'obéir à l'ordre de se disperser que leur intimait le Colonel Alexandre Hamilton en qualité de représentant du Congrès. (Quand celui-ci appela le Gouvernement de Pensylvanie pour le protéger, il fut avisé que la milice de cet État était elle-même en état d'insubordination. Le Congrès se sauva alors nuitamment et devint fugitif.

L'impuissance du Congrès peut être encore mesurée par le fait que durant les quatorze derniers mois de son existence, ses recettes s'élevèrent à moins de 400.000 dollars, tandis que les intérêts de la dette étrangère seule atteignaient 2.400.000 dollars et que ceux de la Dette intérieure étaient cinq fois plus élevés.

En l'absence de tout gouvernement, et dans une période de prostration générale, il était naturel que l'esprit de révolte se développât avec une alarmante rapidité. Il se répandit même parmi les officiers de l'armée. En mars 1783, une note anonyme fut envoyée aux anciens officiers pour les convier à une conférence secrète, dans le but d'agir et, s'il était possible, de renverser le gouvernement. A propos de ce mouvement, M. Otto, chargé d'affaires français écrivit

au Comte Montmorin, Secrétaire d'État aux Affaires Etrangères, le 14 juin 1787 (1).

« Les Cincinnati, c'est-à-dire les officiers de l'ancienne armée américaine, sont intéressés à l'établissement d'un gouvernement solide, puisqu'ils sont tous créanciers du public, mais considérant la faiblesse du Conseil National et l'impossibilité d'être payés par la présente administration, ils proposent de jeter tous les États dans une seule masse et de mettre à leur tête le Général Washington, avec toutes les prérogatives et les pouvoirs d'une tête couronnée. Ils menacent même de faire eux-mêmes cette révolution les armes à la main, aussitôt qu'ils seront convaincus de l'inutilité de la convention actuelle ».

Ce projet, qu'on pourrait qualifier dans le langage d'aujourd'hui de « fasciste », était comme écrivait M. Otto, un peu extravagant. Washington n'aurait voulu en entendre parler. Cependant le revers de la médaille était plus inquiétant. Cette désaffection avait gagné encore plus largement les masses, où elle atteignit son point culminant dans la révolte, qui éclata en Massachussetts à l'instigation d'un vieux soldat, nommé Shays, et qui se développa avec une telle rapidité que non seulement un cinquième de la

(1) Ministère des Affaires étrangères. Archives, Etats-Unis, Correspondance, vol. 32, p. 275 ; cité par Farrand, Records of the Federal Convention, vol. III, p. 43.

population s'unit dans le but de renverser ce qui restait d'autorité établie au Massachussetts, mais qu'elle gagna en rien de temps les autres Etats. Les Bureaux du Gouvernement et les édifices où siégeaient les tribunaux furent saisis, la perception des sommes dues au gouvernement fut interdite et on s'empara par force de la propriété privée pour subvenir aux besoins communs. Voici comment le Général Knox, expliquait le dessous de cette révolte dans une lettre au Général Washington (1).

« Les hommes du peuple voient la faiblesse du Gouvernement. Ils sentent tout de suite leur pauvreté en comparant leur condition avec celle des riches et ils sentent en même temps leur force, et ils sont déterminés à se servir de cette force pour remédier à leur pauvreté. Leur croyance est que la propriété des Etats-Unis a été protégée contre la confiscation par la Grande-Bretagne par les efforts unis de tous et qu'elle doit être alors la propriété commune de tous. Et celui qui s'oppose à ce dogme est l'ennemi de la justice et doit être détruit. En un mot, ils sont déterminés à effacer ou à annihiler toutes les dettes publiques et privées et à instituer des lois agraires, ce qui pourrait facilement se faire au moyen du papier-monnaie à

(1) Lettre du Général Knox à Washington dans « *Debates of the Federal Convention* », *Notes of James Madison*, édité par Gaillard Hunt et James Brown Scott. Dotation Carnegie 1920, p. 585.

cours forcé. Cette situation a donné des inquiétudes à tous les hommes de principe et de propriété. Ils se réveillent comme d'un rêve et se demandent la cause de leur désillusion. Ils se demandent aussi ce qui va leur donner la sécurité contre la violence de ces gens-là. Notre gouvernement doit être raffermi et modifié de façon à pouvoir protéger notre vie et notre propriété ; autrement nous nous trouverons dans toutes les horreurs d'une guerre civile. Si nous n'agissons pas ainsi, nous serons gouvernés par une tyrannie armée, et arbitraire, et capricieuse dont la parole et la volonté seront la loi ».

Tant de symptômes d'une dissolution imminente inspiraient aux cœurs les plus fermes de vives inquiétudes sur l'avenir de la nation née d'hier et qui paraissait prête à se déchirer de ses propres mains Washington au moment de résigner ses pouvoirs militaires adressait au peuple cet appel presque désespéré :

« Si nous ne concédons pas au Congrès les prérogatives nécessaires, tout va s'écrouler dans une anarchie et une confusion inévitable. Il ne nous restera plus qu'à regretter amèrement, le sang versé, les richesses perdues sans résultat, les sacrifices faits en pure perte » (1).

(1) JOHN SPARKS, *Correspondance et écrits de Washington*, vol. V, p. 127, cité par SHORY « *Commentaries* » vol. I, p. 122.

De sa retraite à Mount Vernon, Washington écrivait (1).

« J'ai vu sans découragement, même d'un moment, ces heures que l'Amérique a appelées ses heures sombres mais je n'ai pas vu un seul jour, depuis le commencement des hostilités, nos libertés en aussi imminent danger qu'à présent. En vérité, nous approchons si vite de la destruction que j'éprouve ce sentiment qui m'était resté étranger jusqu'il y a trois mois ».

Plus tard, il écrivait encore.

« Je pense souvent à notre situation et je l'envisage avec anxiété. Du haut sommet où nous nous tenions, de la voie large qui invitait nos pas, être ainsi tombés, ainsi égarés, est chose mortifiante ; tout ce qui est vertu s'est dans une certaine mesure, éloigné de notre pays..... Dieu bon, qu'est donc l'homme pour qu'il y ait tant d'inconsistance et de perfidie dans sa conduite ! Hier encore, nous versions notre sang pour obtenir les constitutions sous lesquelles nous vivons maintenant et voilà que nous tirons nos épées pour les renverser. La chose est tellement inconcevable que je ne sais comment faire pour me pénétrer de sa réalité, ou pour me persuader que je ne suis pas le jouet d'une illusion ou d'un rêve ».

(1) Lettre de Washington à George Mason, cité par Beck. La Constitution des États-Unis, p. 35-36.

Mais un jour moins sombre allait se lever. En 1785, des commissaires des Etats de Virginie et de Maryland visitèrent Mont Vernon pour offrir l'hommage de leur respect au bien-aimé commandant. Après s'être entretenus avec lui au sujet du désordre qui régnait alors, ils se décidèrent à lancer un appel pour une conférence générale de représentants des Etats, le 11 septembre 1786 à Annapolis (Maryland) où l'on discuterait de la possibilité d'une entente entre les Etats, sur les réglementations communes de commerce. A la date indiquée, les délégués de la Virginie, de la Pensylvanie du Delaware, de l'Etat de New-York et du New-Jersey s'assemblèrent, mais se trouvant trop peu nombreux pour réaliser leur grand but, ils se contentèrent de lancer un nouvel appel à tous les Etats, leur demandant d'envoyer des délégués à une réunion qui se tiendrait à Philadelphie le deuxième lundi de mai 1787 « pour prendre en considération la situation des Etats-Unis, aviser aux dispositions qui leur sembleraient nécessaires pour rendre la Constitution du Gouvernement fédéral adéquate aux exigences de l'Union » (1).

(1) *Debates of the Federal Convention*. Notes of James Madison édité par Gaillard Hunt et James Brown Scott. P. LI, *Antécédents of the Convention*.

CHAPITRE II

MILIEU D'IDÉES AU MOMENT DE LA CONVENTION ET » LA SÉPARATION DES POUVOIRS »

Les conditions menaçantes dont nous venons de parler ont eu évidemment une grande influence sur les idées politiques de la période qui suivit la guerre d'Indépendance et pendant laquelle la Constitution fut élaborée. On remarque un contraste profond avec l'époque antérieure de la révolution. D'où son nom de période de réaction. (1) Un auteur a même appelé la Constitution « une répudiation des idées exprimées dans la Déclaration d'Indépendance » (2). Ce revirement est très compréhensible. Les belles théories basées sur une confiance illimitée dans « la bonté naturelle de la nature humaine » avaient été fortement chavirées par ces années d'anarchie et de désordre, qui suivirent le traité de paix. Ces théories qui avaient

(1) MERRIAM, *History of American political theories*. Chap. III, The reactionary movement.

(2) SMITH, *The spirit of the American Government*, p. 218-219.

servi comme des armes révolutionnaires n'étaient d'ailleurs guère aptes à reconstruire. Elles ne faisaient qu'aggraver la crise. Mais les faits produisent leur propre remède doctrinal.

Section I

LA THÉORIE DES FREINS ET DES CONTREPOIDS

La théorie de la « Séparation des Pouvoirs », les idées de Montesquieu, étaient, sans aucun doute très répandues en Amérique. « L'Esprit des Lois » avait été introduit comme livre d'enseignement dans certaines Universités américaines. Les pasteurs protestants se mirent à citer Montesquieu. Ses idées avaient acquis une très grande popularité. On le citait sans cesse et on le lisait parfois, car les revues et les journaux donnaient des extraits de ses œuvres. Mais cet esprit subtil et brillant, aux nombreux détours, n'avait point laissé une impression nette sur les intelligences (1). En somme, bien que ses idées eussent acquis une très grande popularité, souvent

(1) BERNARD FAY, *L'esprit révolutionnaire en France et aux Etats-Unis à la fin du XVIII^e siècle*, p. 149 ; voyez aussi p. 85 ; 141, 142, 146, 150-151, 162, 304, 315. Voyez aussi BANCROFT, *History of the Constitution of the United States*, vol. I, p. 278 ; DEALEY, *States Constitutions*, p. 8 ; WILLOUGHBY, *The Government of Modern States*, p. 265.

elles n'étaient point comprises, comme toutes les idées qui sont vulgarisées, d'autant plus qu'en général on ne les connaissait que par des extraits de ses œuvres. Aussi voit-on tout le monde alléguer son autorité et s'en servir pour défendre des thèses contradictoires. Donc, on peut dire que quoique son renom fût très grand, l'influence réelle et active de ses idées (sur les constitutions) était au fond relativement infime. Pour les Américains, il n'apporta point de nouvelles conceptions. Ce qu'il fit surtout, ce fut d'ajouter l'autorité de son nom aux anciennes conceptions et pratiques. Et ceci se conçoit quand on analyse la façon dont Montesquieu était compris.

Il n'a fallu aucun argument pour persuader les Américains de l'excellence des idées de Montesquieu. Ils en étaient convaincus d'avance, car ils y voyaient une description de la constitution anglaise et ils étaient habitués depuis longtemps à vivre sous des gouvernements qui étaient modelés d'après celui de la Grande-Bretagne. Ils croyaient donc voir dans ses idées, une confirmation raisonnée de la valeur de leurs propres pratiques. Pourquoi ne pas accepter une théorie qui leur assurait que leurs propres gouvernements contenaient le principe essentiel pour maintenir et protéger les droits individuels ? Seulement, Montesquieu les avait rendus conscients de ces pratiques et ils avaient été entraînés par l'esprit philosophique de la révolution à inscrire dans leurs cons-

titutions des Etats particuliers, une déclaration de principe sur cette théorie. Peut-être, quelques esprits au contraire, interprétaient-ils, les idées de Montesquieu dans le sens rigide et abstrait d'une séparation matérielle des fonctions, comme ces déclarations semblent le prétendre, mais il n'est pas moins vrai que dans presque tous les Etats, avec la vague démocratique qui s'est élevée pendant la période révolutionnaire, ce que l'on appelait « la Séparation des Pouvoirs » inscrite dans ces déclarations de principe, aboutissait en fait à une prédominance écrasante du corps législatif.

Et c'est précisément cette prédominance du législatif que l'on accusait d'avoir engendré les événements chaotiques. C'est ainsi que M. Gerry disait à la Convention « les maux que nous avons éprouvés, dérivent des excès de la démocratie » (1).

Et pareillement M. Randolph observait que l'objet général de la Constitution était de trouver un remède aux maux sous lesquels peinaient les Etats-Unis ; qu'en remontant à l'origine de ces maux, chacun avait découvert leur source dans les désordres et les folies de la démocratie ; qu'il fallait trouver le moyen d'enrayer cette tendance de notre gouvernement (2).

(1) FARRAND, *The records of the Federal Convention*, vol. I, p. 48-50.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 51.

Ce moyen, on le cherche dans la « Séparation des Pouvoirs » mais transformée et appelée désormais, par une comparaison empruntée à la mécanique « la théorie des freins et des contrepoids » (1) qui devait fournir une barrière au despotisme législatif.

Dans cette conception de la séparation des pouvoirs il n'y a aucune idée de spécialisation rigide. Madison qui était de son temps le plus versé dans les sciences politiques, nous expose cette conception dans le *Fédéraliste*, quand il cherche des arguments pour défendre la Constitution contre les attaques basées sur la notion d'une spécialisation matérielle des fonctions.

Il écrivait :

« L'une des principales objections dirigées par les plus respectables adversaires de la Constitution est la prétendue violation de l'axiome politique d'après lequel les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être séparés et distincts. Dans l'organisation du Gouvernement fédéral, a-t-on dit, il semble que l'on n'ait point fait attention à cette précaution essentielle en faveur de la liberté. Les différents départements du pouvoir sont distribués et confondus de manière à exclure toute symétrie et toute beauté de forme et aussi à exposer quelques-unes des parties

(1) HOLCOMBE, *State Government in the United States*, Macmillan, 1916, N. Y. p. 60.

essentielles de l'édifice au danger d'être écrasées sous le poids disproportionné de quelques autres. »

« Il n'est certainement pas de vérité politique de plus grande valeur et appuyée de l'autorité de défenseurs plus éclairés de la liberté que celle sur laquelle repose l'objection. L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d'un seul homme, soit de quelques-uns, soit de plusieurs, soit par l'hérédité, par la conquête ou par l'élection, peut justement être considérée comme la véritable définition de la tyrannie. Si donc la Constitution fédérale était réellement coupable de l'accumulation des pouvoirs ou de leur combinaison, avec une tendance dangereuse à cette accumulation, il ne serait besoin d'aucun autre argument pour inspirer une réprobation universelle du système. Mais je me flatte de prouver que l'accusation est sans fondement et que le principe sur lequel elle est appuyée a été tout à fait mal entendu et appliqué. Afin de nous faire une idée correcte sur ce point, il sera bon de rechercher le sens dans lequel le maintien de la liberté exige la séparation des trois grands départements du pouvoir. »

« L'oracle toujours consulté et cité sur ce sujet est l'illustre Montesquieu. S'il n'est pas l'auteur de cet estimable précepte de la science politique, il a tout au moins le mérite de l'avoir développé et de l'avoir recommandé avec le plus de succès à l'attention du

monde. Essayons, tout d'abord, de chercher son sentiment sur ce point. »

« La constitution britannique était pour Montesquieu ce que fut Homère pour tous ceux qui ont écrit sur la poésie épique. De même que ceux-ci ont regardé l'ouvrage du barde immortel comme le parfait modèle d'où devaient être tirés tous les principes et toutes les règles de l'art épique et d'après lequel on devait juger tous les ouvrages du même genre, de même ce grand écrivain politique semble avoir considéré la Constitution de l'Angleterre comme le type ou pour nous servir de sa propre expression, comme le miroir de la liberté politique et nous avoir donné, sous la forme de vérités élémentaires, les divers principes caractéristiques de ce système particulier. Dès lors, pour être sûrs de ne pas nous méprendre sur son sentiment à cet égard, remontons à la source d'où il a tiré la maxime. »

« Un examen très superficiel de la Constitution britannique montre qu'en aucune façon, elle ne sépare entièrement les départements : législatif, exécutif et judiciaire. Le magistrat exécutif est partie intégrante de l'autorité législative. Il a seul la prérogative de faire les traités avec les souverains étrangers, et ces traités, une fois conclus, ont sauf quelques limitations, la force d'actes législatifs. Tous les membres du département judiciaire sont nommés par lui, peuvent être révoqués par lui sur l'adresse des deux Chambres du

Parlement et forment quand il lui plaît de les consulter, l'un de ses conseils constitutionnels. L'une des branches du département législatif forme aussi, pour le chef de l'exécutif, un grand conseil constitutionnel ; d'un autre côté, elle est seule dépositaire du pouvoir judiciaire dans les cas d'*impeachment*, et dans tous les autres procès, elle est investie de la suprême juridiction d'appel. De même encore, les juges sont associés au département législatif, au point d'assister et de participer souvent à ses délibérations quoiqu'ils ne soient point admis à émettre un vote législatif. De ces faits qui guidèrent Montesquieu, on peut conclure, clairement que, en disant « qu'il n'y a point de liberté lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive » ou « lorsque la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice », *il n'a point entendu proscrire toute action partielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre ; ce qu'il a voulu dire, comme le montrent ses propres expressions et plus évidemment encore les exemples qu'il avait sous les yeux, c'est que lorsque la totalité du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, les principes fondamentaux d'une constitution libre sont renversé.* Tels aurait été le cas pour la Constitution qu'il examinait, si le roi qui est le seul magistrat exécutif, avait possédé

en outre le pouvoir législatif complet ou l'administration suprême de la justice, ou si le corps législatif tout entier avait possédé l'autorité judiciaire suprême ou l'autorité exécutive suprême. Mais on ne peut pas reprocher ces vices à cette constitution. Le magistrat en qui réside la totalité du pouvoir exécutif ne peut faire lui-même de loi quoiqu'il puisse opposer un veto sur toute loi ; il ne peut administrer la justice en personne quoi qu'il ait la nomination de ceux par qui elle est rendue. Les juges ne peuvent exercer aucune fonction exécutive, quoique leurs offices soient des ramifications du tronc exécutif, ni aucune fonction législative quoiqu'ils puissent être consultés par les conseils législatifs. La législature ne peut faire d'actes judiciaires quoique par la volonté conjointe de deux de ses branches, les juges puissent être privés de leurs offices et qu'une de ses branches soit revêtue du pouvoir judiciaire en dernier ressort. De même, la législature entière ne peut exercer aucune fonction exécutive, quoique l'une de ses branches constitue la magistrature suprême et qu'une autre branche, sur « l'impeachment » d'une troisième, puisse juger et condamner tous les agents subordonnés du département exécutif (1).»

Madison va encore plus loin ; non seulement la spécialisation n'est pas le but de « la séparation » mais

(1) *Le Fédéraliste*, traduction Boucard et Jèze, p. 397-401.

il déclare qu'une telle spécialisation matérielle des fonctions même si on la désirait ne serait pas possible car on ne peut pas « distinguer et définir avec une certitude suffisante ces trois grandes provinces, le législatif, l'exécutif, le judiciaire, ni même les privilèges et les pouvoirs des différentes branches du législatif. Des questions se présentent tous les jours dans la pratique, qui prouvent l'obscurité qui règne sur ces sujets, et qui divise les hommes les plus versés dans les sciences politiques (1) ».

Quel est donc ce système de freins et de contrepoids dont nous avons parlé ? Jefferson le définissait ainsi. « Il faut que les pouvoirs soient tellement partagés et balancés entre les différents corps qu'aucun ne peut passer les limites établies par la Constitution sans être efficacement arrêté et contenu par les autres (2) ». En un mot, il faut faire une répartition des compétences telle qu'aucun des départements n'exerce directement ou indirectement, une prépondérance sur les autres, même s'il le faut en faisant dérogation à tout principe basé sur la nature des compétences. D'ailleurs si on pouvait cantonner chaque organe dans une seule fonction, le corps législatif par le caractère prépondérant de la fonction législative, serait prépondérant. Ainsi ce n'est pas une spécialisation

(1) *Le Fédéraliste*, p. 292-295.

(2) *Observations sur la Virginie*, JEFFERSON, p. 251.

qu'on doit chercher. Mais il faut souligner surtout l'idée de l'indépendance, même au dépens du principe de spécialisation, pour arriver à cet équilibre. En plus, pour maintenir cette distribution équilibrée et l'indépendance de chaque département, il faut aménager la structure du gouvernement de telle sorte que ses diverses parties constituantes puissent par leurs rapports réciproques, servir à maintenir chacune des autres dans sa place légitime.

Pour arriver à ce but, il faut d'abord que les membres de chaque département aient le moins d'influence possible sur la nomination des membres des autres départements. « Si l'on observait rigoureusement ce principe, il faudrait que toutes les nominations à la magistrature exécutive suprême, aux fonctions législatives et judiciaires eussent la même sorte d'autorité à savoir le peuple et par des canaux n'ayant entre eux aucune communication. Cependant pour l'organisation du département judiciaire, il pourrait être mauvais de s'attacher rigoureusement au principe : premièrement à raison des qualités qui sont nécessaires à ses membres, la première chose à considérer doit être d'adopter tel mode de sélection qui assurera le mieux ces qualités ; en second lieu, étant donné que dans ce département, les nominations sont faites pour une durée permanente, cela doit immédiatement supprimer toute dépendance

vis-à-vis l'autorité à qui est due la nomination (1) ».

Il faut aussi que les membres de chaque département soient aussi peu dépendants que possible de ceux des autres départements quant au traitement attaché à leur fonction. Si l'exécutif ou les juges n'étaient point indépendants de la législature à cet égard, leur indépendance à tous les autres points de vue serait absolument nominale.

Il faut, en troisième lieu, qu'il existe au moins une incompatibilité entre les fonctions des départements divers, sinon une inéligibilité (2).

Mais la garantie la plus sérieuse contre une concentration progressive des différentes fonctions dans le même département, c'est de donner à ceux qui administrent chaque département les moyens constitutionnels nécessaires et un intérêt personnel pour résister aux empiètements des autres. Et les moyens de défenses doivent être proportionnés aux dangers d'attaque.

« Il faut opposer l'ambition à l'ambition et l'intérêt de l'homme doit être lié aux droits constitutionnels de sa fonction. C'est peut-être une critique de la nature humaine que ces moyens soient nécessaires pour contrôler les élus du gouvernement. Mais qu'est-ce

(1) *Le Fédéraliste*, p. 429, trad. Jèze. Voyez aussi DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Book II, chap. IX et RAWLÉ, *A view of the Constitution*, p. 274.

(2) FORD, *The Cost of the American Government*, p. 66.

que le Gouvernement lui-même sinon la plus grande critique de la nature humaine ? Si les hommes étaient des anges, il ne serait pas besoin de gouvernement ; si les hommes étaient gouvernés par des anges, il ne faudrait aucun contrôle extérieur ou intérieur sur le gouvernement ».

« Ce système qui consiste à suppléer par l'opposition et la rivalité des intérêts à l'absence de sentiments meilleurs, se retrouve dans tout le cours des affaires humaines, publiques et privées. Nous le voyons particulièrement mis en pratique dans toutes les distributions inférieures des pouvoirs où l'on s'attache à diviser et à combiner les différentes fonctions de manière que chacune soit un frein pour l'autre et que les intérêts privés de chaque individu soient une sentinelle pour les droits publics. Ces inventions de la prudence ne sont pas moins nécessaires dans la distribution des suprêmes pouvoirs de l'État (1). »

Par ce système de morcellement pour assurer au plus haut degré l'indépendance de chacun des départements, on arrive à une division et à une répartition des compétences, qui est presque la négation même de toute idée de spécialisation. Car la distribution est telle qu'aucun des départements ne peut faire quoi que ce soit sans l'accord et la participation des autres

(1) *Le Fédéraliste*, p. 431, trad. Jèze.

départements, même dans ce qu'on appelle son propre champ d'action (1).

C'est cette idée que Hamilton exprimait à la Convention de ratification de New-York, quand il disait : « Dans ce gouvernement, vous trouverez tous les freins que les plus grands hommes politiques et écrivains ont pu concevoir. Le pouvoir législatif est placé dans trois branches distinctes, bien équilibrées (les deux Chambres et le Président) et le pouvoir exécutif est placé dans deux branches (le Président et le Sénat (2) ».

Cette conception est donc bien loin de la définition que M. Duguit donne de la « Séparation des Pouvoirs » : « la création dans l'État de plusieurs organes distincts n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque et à confier à chacun, des catégories de fonctions déterminées, qu'il accomplit sans le concours des autres (3) ».

Ce système de freins et de contrepoids, dans lequel le Président, qu'on oppose au Congrès ; le Congrès qu'on oppose au Président et l'un et l'autre aux Tribunaux (4) ne serait qu'une partie d'un système

(1) WILLOUGHBY, *The Government of Modern States*, p. 243, 248, 260.

(2) ELLIOT, *Debates in the State Conventions*, vol. II, p. 348.

(3) DUGUIT, *La séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*, p. 1.

(4) WILSON, *Constitutional Government in the United States*, p. 56.

plus vaste dans lequel les États seraient le contrepoids du gouvernement fédéral (1). M. Wilson a appelé cet ensemble de freins « une imitation inconsciente de la théorie de Newton de l'Univers » où l'équilibre des forces d'attraction tient les planètes dans leur orbite, ce qui donne à l'Univers sa symétrie et son ajustement parfait (2). D'ailleurs, à la Convention même, on a fait cette comparaison avec le mécanisme céleste (3).

Tout ce système devait agir comme une barrière à la possibilité d'une tyrannie législative qu'on craignait, plus que tout autre dans cette période de réaction, — à l'inverse de la période révolutionnaire où toutes les précautions avaient été prises contre l'exécutif (dans les constitutions des États particuliers).

D'une manière générale, les conquêtes de la liberté moderne se sont réalisées, comme nous l'avons vu dans l'évolution anglaise, par une diminution des prérogatives de l'exécutif au profit de la législature. C'est pourquoi dans les pays qui sont partis de l'absolutisme pour arriver à un régime constitutionnel, comme l'Angleterre et la France, l'exécutif est tenu en méfiance, la tendance étant d'établir au profit du Parlement une présomption de compétence générale.

(1) BARTHÉLÉMY, *Le rôle du Pouvoir Exécutif*, p. 88.

(2) WILSON, *Constitutional Government in the United States*, p. 54-58.

(3) FARRAND, *The records of the Federal Convention*, vol. I, p. 153 et 165.

Mais les Américains avaient fait dans leurs Etats particuliers, l'expérience d'un « législatif » prépondérant et ils en avaient été vite lassés. A la Convention, les expressions de méfiance à l'égard de la législature, sont nombreuses (1). On en trouve aussi maints exemples dans le Fédéraliste.

« Le Département législatif étend partout la sphère de son activité et engloutit tous les pouvoirs dans son impétueux tourbillon..... Les fondateurs de nos républiques semblent avoir cru voir toujours la liberté menacée par la prérogative toujours croissante et toujours usurpatrice d'un magistrat héréditaire soutenu et fortifié par une branche héréditaire de l'autorité législative. Ils ne semblent jamais s'être rappelés le danger des usurpations législatives, qui, en rassemblant tous les pouvoirs dans les mêmes mains, doivent mener à la même tyrannie que les usurpations de l'exécutif ».

Dans la monarchie, c'est contre l'exécutif qu'il faut prendre des précautions « mais dans une république où la magistrature est soigneusement limitée dans l'étendue et dans la durée de son pouvoir, où le pouvoir législatif est exercé par une Assemblée, animée à cause de l'influence que l'on suppose qu'elle a sur le peuple, d'une confiance inébranlable dans sa propre force, assez nombreuse pour éprouver toutes

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 203 ; vol. II, p. 35.

les passions qui agissent sur une multitude ; trop peu nombreuse cependant pour être incapable d'employer, pour la satisfaction de ses passions, des moyens dictés par la raison. C'est contre l'entreprenante ambition de ce département qu'on doit épuiser toutes les précautions (1) ».

Le Fédéraliste insiste aussi sur le fait que les compétences du législatif sont plus étendues et moins susceptibles d'être renfermées dans des limites précises et que le législatif peut sous des mesures compliquées et indirectes dissimuler des usurpations presque imperceptibles qui arrivent à bouleverser radicalement l'équilibre des départements coordonnés. Le Fédéraliste invoque l'autorité de Jefferson, citant cette phrase bien connue de lui « Cent soixante treize despotes seraient aussi oppressifs qu'un seul » (2).

Les auteurs du Fédéraliste rattachent très nettement, d'ailleurs, ces avertissements contre le législatif à leur conception générale du gouvernement représentatif. Le but du gouvernement n'est pas de traduire en actes de puissance publique tous les courants passagers qui viennent à se produire dans la nation et de donner une satisfaction immédiate à chaque nouvel essor des passions (3), c'est-à-dire qu'il faut

(1) *Le Fédéraliste*, p. 409, trad. Jèze.

(2) *Le Fédéraliste*, p. 412.

(3) *Le Fédéraliste*, p. 595.

non seulement garantir la nation contre la tyrannie de ces chefs, mais aussi préserver une partie de la nation contre l'injustice de l'autre partie, plus nombreuse et plus forte. Dans une monarchie, l'oppression par la majorité est écartée par l'existence d'une volonté, indépendante de la majorité, qui est celle du monarque. Mais dans une république, la volonté de la majorité ne rencontre devant elle aucun obstacle naturel. Il faut alors en créer et la plus importante de ces redoutes qu'on puisse établir pour servir d'abri à la liberté, c'est précisément l'indépendance de l'exécutif et du judiciaire, à l'égard de la législature où cette majorité règne (1). « Car dans une société où la faction la plus puissante peut aisément se réunir et opprimer la plus faible, on peut dire que l'anarchie règne aussi bien que dans l'état de nature où l'individu plus faible n'est point à l'abri de la violence du plus fort (2) ».

Voici l'aboutissement de toute une série de raisonnements qui entourent le système des freins et des contrepoids et qui forment ce qu'on pourrait appeler l'aspect social du principe. Car, « dans ce royaume d'empirisme, les principes, de si haut qu'on les fasse parler, pour si indépendants et dégagés qu'on les donne, sont toujours dans une large mesure des

(1) *Le Fédéraliste*, p. 431-432.

(2) *Le Fédéraliste*, p. 434.

moyens au service d'intérêts positifs et précis (1) »
Ce sont précisément ces intérêts que nous voulons
rechercher pour comprendre le vrai sens de toute
cette superstructure théorique.

Section II

ASPECT SOCIAL DE LA THÉORIE DES FREINS ET DE CONTREPOIDS

M. Wilson, l'ancien président, fait remarquer que
les constituants représentent, pour *la plupart*, une
classe forte et intelligente, *consciente de sa solidarité
d'intérêts* (2). Les radicaux, les grands chefs popu-
laires et révolutionnaires tels que Patrick Henry ou
Samuel Adams n'étaient pas à la Convention, dont
les membres étaient des hommes plutôt fortunés, amis
de l'ordre et de la sécurité, conservateurs ; ceux qui
ne l'étaient pas par tempérament l'étaient devenus
sous le coup des événements qui les touchaient de
très près. Ils connaissaient le danger « de l'esprit de
nivellement » et de « l'excès de démocratie ». Ils vou-
laient à tout prix une organisation politique stable
pour protéger leurs intérêts leur propriété contre
les attaques des législatures dominées par les classes

(1) BOUTMY, *Etudes de droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 219.

(2) WILSON, *Division and Reunion*, p. 12 ; cité par BEARD, *The
supreme Court and the Constitution*, p. 88. †

moins fortunées et mécontentes ; ce mécontentement nous l'avons vu exposer dans la lettre du général Knox, expliquant la révolte du Massachusetts. Ils cherchaient un moyen d'établir des barrières contre les lois qui leur porteraient grand tort, lois d'inflation et lois d'annulation des dettes. Ils étaient amis de la protection des droits individuels de la minorité, car c'étaient eux qui en avaient besoin et qui allaient en profiter. Ils désiraient un gouvernement central assez fort, qui leur permettrait de jouir de leurs libertés, c'est-à-dire de jouir de leur propriété et de l'augmenter (1).

Leurs intérêts étaient menacés par le caractère désordonné des gouvernements des états particuliers et cela de deux façons ; ces gouvernements ne pouvaient assurer ni la paix extérieure ni l'ordre intérieur, et dans leur politique, ils étaient dominés par une majorité radicale. Un gouvernement central et efficace dissiperait ces deux menaces.

Le Fédéraliste écrivait à ce propos :

« On entend de toutes parts les plaintes des plus considérés et des plus vertueux de nos concitoyens, aussi amis de la bonne foi publique et privée que de la liberté publique et privée. Ils disent que nos gouvernements sont trop instables, que le bien public est toujours oublié dans les conflits des partis rivaux ;

(1) CROLY, *The Promise of American Life*, p. 30-37.

que les questions sont trop souvent décidées non d'après les règles de la justice et les droits de la minorité, mais par la force supérieure d'une majorité intéressée et oppressive. Avec quelque ardeur que nous puissions désirer que ces plaintes soient sans fondement, l'évidence ne nous permet pas de nier qu'elles soient justes jusqu'à un certain point. Cette défiance presque générale et toujours croissante pour les engagements publics et ces alarmes pour les droits privés dont l'expression retentit d'un bout à l'autre du continent sont, en grande partie, sinon entièrement, les effets de l'instabilité et de l'injustice dont un esprit de faction a souillé nos administrations publiques (1) ».

Opposés à ces partisans d'un gouvernement central fort, il y avait une masse de citoyens, moins fortunés, moins instruits et ayant moins d'expérience politique.

Le moyen d'arriver à un gouvernement fort et d'empêcher en même temps que la majorité n'écrase la minorité, leur paraissait se trouver précisément, dans le système de freins et de contrepoids, dirigé contre le législatif, au moyen de l'indépendance accentuée de l'exécutif et du judiciaire, et surtout de ce dernier. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point en parlant du droit des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois, qui était considéré à

(1) *Le Fédéraliste*, p. 67.

la fois comme un moyen d'action pour les tribunaux pour se défendre contre les empiètements des autres départements (surtout du législatif) et un instrument pour refréner la volonté de la majorité représentée dans le corps législatif dans le cas où elle oserait porter atteinte aux droits individuels dont les droits de propriété étaient primordiaux et transcendants (1).

On se préoccupait surtout et par dessus tout, de protéger les droits de propriété contre les tendances au nivellement de la masse non possédante (2). A ce propos, M. G. Morris disait à la Convention que la protection de la propriété était le but principal d'une société organisée (3). Cette conception semblait bien être celle de la majorité. Butler, King et Rutledge étaient d'accord (4). Il n'y avait que Wilson, un des rares démocrates présents à la Convention qui protesta (5). Madison attirait l'attention de la Convention sur le danger que courrait la minorité possédante le jour où il y aurait une augmentation considérable de la population, si le suffrage n'était pas restreint sur la base d'un cens assez élevé. (6). Et dans le

(1) BEARD, *Supreme court and the Constitution*, p. 111. SMITH, *The spirit of American Government*, p. 300-303. *Le Fédéraliste* 652-655.

(2) BEARD, *Supreme Court and the Constitution*, p. 92.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, 533.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, 533, opinion de Rutledge, p. 544 opinion de King.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, 605.

(6) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 452.

Fédéraliste (1) il démontrait que « la diversité dans les facultés des hommes », qui est l'origine des droits de propriété, n'en est pas moins un obstacle insurmontable à l'uniformité des intérêts. Pour lui, la protection de ces facultés est le premier objet du gouvernement. De la protection des facultés différentes et inégales pour l'acquisition de la propriété résulte immédiatement l'inégalité dans l'étendue et la nature des propriétés, de leur influence sur les sentiments et les opinions des propriétaires respectifs résulte la division de la société en intérêts différents et en partis différents. Aussi la source de factions, la plus commune et la plus durable a toujours été l'inégale distribution de la richesse. Ceux qui possèdent et ceux qui ne possèdent pas ont toujours des intérêts différents. Les créanciers et les débiteurs ont entre eux une semblable ligne de démarcation. L'intérêt de l'agriculture et l'intérêt des manufactures, l'intérêt du commerce, l'intérêt des capitalistes et d'autres intérêts moins importants se forment nécessairement dans les nations civilisées et les divisent en différentes classes d'après des vues et des sentiments différents.

Le règlement de cette multitude d'intérêts, voilà le principal but du gouvernement ; l'esprit de parti et de faction entre toujours dans le calcul des opérations ordinaires et nécessaires du gouvernement.

(1) *Le Fédéraliste*, p. 66-76.

C'est cette même philosophie, cette même mentalité qui forme la base du grand discours que Hamilton fit à la Convention le 18 juin (1). Et tous les deux s'accordaient pour trouver le remède dans une telle distribution et une telle organisation des compétences, qui assureraient les meilleures garanties contre les combinaisons intéressées d'une majorité dirigée contre les droits d'une minorité, c'est-à-dire dans le système de freins et de contrepoids, un descendant ou une forme évoluée de « la Séparation des Pouvoirs. »

Nous voyons ainsi une théorie d'ordre politique dans sa forme, devenir, quant à sa signification et à son fond, principalement économique. Commencant par être un corollaire du principe des droits individuels, la condition même de leur garantie et de leur maintien, elle devient la négation de la règle de la majorité, la barrière de sa domination et finalement arrive à être la forteresse des droits de propriété. Tel est le chemin qu'on parcourt en suivant la théorie des freins et des contrepoids.

Nous pouvons sentir la présence de ces préoccupations économiques et sociales dans les faits qui surgissent au moment de la lutte pour la ratification de la constitution. Nous devons nous attendre à ce que les partisans les plus chaleureux de la constitution soient ceux qui croient y trouver la protection de

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 288.

leurs intérêts et nous ne sommes pas déçus. Déjà, pendant la Convention, Otto, chargé d'affaires français, écrivait parmi ses observations, quelquefois très piquantes, « que les hommes riches, les négociants et les officiers publics sont tous portés pour un gouvernement plus fort (1). » Pendant cette lutte pour la ratification, Madison écrivait à Jefferson que les hommes de profession libérale, avocats, juges et médecins, les hommes de propriété, les grands négociants, étaient partisans de la nouvelle Constitution (2). King écrivait à Madison que l'opposition provenait d'une opinion immuable que la Constitution était l'œuvre des riches et qu'elle établissait deux ordres dans la Société, et que l'union extraordinaire des éléments riches et considérés en faveur de la Constitution, n'était pour l'opposition qu'une confirmation de cette opinion (3).

Dans une lettre à Washington, Bowen disait que dans l'Etat de Connecticut, tous les grands intérêts commerciaux soutenaient la nouvelle constitution et que l'opposition venait principalement des fermiers

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 45.

Il ajoute (ce qui nous intéresse aussi) « Mais leur nombre est bien petit quand on le compare à toute la masse des citoyens ».

(2) *Documentary History of the Constitution*. Vol. I, p. 288, 289, cité par Beard. *Supreme Court and the Constitution*, p. 106.

(3) Rufus King. *Life and Letters*. Vol. I, p. 314-316 cité par Beard. *Supreme Court and the Constitution*, p. 109.

qui étaient lourdement endettés (1). Knox informait Washington le 14 janvier 1788 que tous les hommes de grande propriété, aussi bien que le clergé, les avocats, les juges et les officiers, l'élément le plus vigoureux et le plus influent, souhaitaient la ratification et auraient même accepté un gouvernement plus fort ; et que l'opposition était composée en grande partie des débiteurs, qui voulaient l'annulation des dettes (2).

D'ailleurs, la constitution fut ratifiée par les conventions de délégués élus sous un suffrage très restreint, basé sur un cens très élevé. C'est pour cette raison-là que l'opposition, largement composée des éléments non-possédants et à idées radicales, ne pouvaient pas empêcher la ratification. On s'était décidé très habilement à ne pas faire ratifier la constitution par les législatures des Etats, car c'était là que les éléments d'opposition étaient les plus forts (3).

Section III

THÉORIE DU GOUVERNEMENT MIXTE

Parmi les écrits de la période constitutionnelle,

(1) *Documentary History of the Constitution* vol. II, p. 226 cité par Beard. *Supreme Court and the Constitution*, p. 110.

(2) *Documentary History* vol. I, p. 442, cité par Beard. *Supreme Court and the Constitution*, p. 109.

(3) Beard, *Supreme Court and the Constitution*, p. 102.

qui ont eu une influence sur les contemporains (1) il en est un auquel on doit s'arrêter, c'est l'ouvrage intitulé « la Défense des Constitutions des Etats-Unis », par John Adams ». Dans ce livre, Adams soutenait ce qui a été appelé la théorie du gouvernement mixte. Cette théorie a souvent été, à tort, d'ailleurs, confondue avec celle de la « Séparation des Pouvoirs », mais elle est si intimement liée à cette dernière, même dans la pensée de Montesquieu (2) que nous ne pouvons pas la négliger, d'autant plus qu'elle touche à ce que nous avons appelé l'aspect social du système des freins et des contrepoids.

L'occasion, qui a fait naître ce livre, a été une lettre de Turgot à Dr. Price, le publiciste anglais, dans laquelle Turgot blâmait les Américains d'avoir introduit dans leur Constitution, par imitation du gouvernement anglais le principe des contreforces ou des contrepoids. « Au lieu de ramener toutes les autorités à une seule, celle de la nation, l'on établit des corps différents ; un corps de représentants ; un conseil ; un gouverneur parce que l'Angleterre a une Chambre des Communes ; une Chambre haute et un Roi ; comme si

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 33.

Lettre de M. Rush à Benjamin Price dans laquelle il disait : « Le livre de M. Adams a semé d'excellents principes parmi nous. Notre illustre ambassadeur (Adams était l'ambassadeur américain en Angleterre à ce moment) nous a ainsi rendu plus de services que s'il avait obtenu pour nous des alliances avec tous les pays d'Europe ».

(2) SAINT-GIRONS, *La séparation des pouvoirs*, p. 94.

cet équilibre, qui en Angleterre, peut être nécessaire, pour contenir l'énorme influence de la royauté, pouvait être de quelque utilité dans les républiques fondées sur l'égalité des citoyens et comme si tout ce qui établit des corps différents n'était pas cause de division (1) ».

John Adams maintient, au contraire, la nécessité même dans une république, des contrepoids et de l'équilibre des corps. Il soutient le principe du gouvernement mixte (c'est-à-dire composé des trois types: monarchie, aristocratie et démocratie) contre la démocratie pure. En un mot, il défend la forme du gouvernement anglais appliqué aux institutions républicaines. Blackstone (2) avait déjà glorifié la constitution anglaise comme un mélange parfait des éléments monarchique, aristocratique et démocratique, ce qui, pour lui, était la cause de ses libertés. Si l'on n'admettait pas l'équilibre des trois ordres, le gouvernement éprouverait d'inévitables révolutions(3). Discutant de plus près la théorie de Turgot, il demande comment l'on peut concentrer l'autorité dans la nation. Peut-on la rassembler tout entière ? Il faut donc des représentants et par conséquent, voilà déjà un corps distinct de la nation. John Adams s'appuie beaucoup sur les autorités en la matière ; il cite,

(1) ADAMS, *Défense des Constitutions*, vol. 1, p. 31.

(2) GETTEL, *History of political thought*, p. 288.

(3) ADAMS, *Défense des Constitutions*, vol. I, p. 11.

Dr. Swift, Dr. Franklin, Platon, Aristote, Polybe Tacite, Machiavel, et Montesquieu. etc., etc... Indépendamment de l'autorité des noms, il y aussi l'autorité des faits et l'auteur passe en revue avec une grande érudition, de nombreuses constitutions anciennes et contemporaines (1). Enfin, combattant directement le principe de Turgot, à savoir que les équilibres sont inutiles dans un régime d'égalité absolue, il démontre qu'il y aura toujours « l'inégalité de richesses, l'inégalité de naissance, l'inégalité de mérite et de vertu (2) » Or, toutes ces inégalités forment par elles-mêmes une classe à part.

« On n'a encore dévouvert qu'un seul expédient pour rendre cette classe aussi utile qu'elle peut l'être à la société et pour l'empêcher, en même temps, de miner et d'envahir la liberté publique. C'est de la réunir elle-même ou, au moins, ses représentants dans une Assemblée et d'incorporer cette assemblée dans la législature ; d'élever au-dessus de cette législature un premier magistrat, de donner à ce premier magistrat sur la législature un veto au moyen duquel il puisse se défendre lui-même et le peuple contre les entreprises des législateurs, et d'élever contre eux une barrière insurmontable consistant en une chambre populaire représentant pleinement le peuple (3) »

(1) ADAMS, *Défense des Constitutions*, vol. II, p. 416.

(2) ADAMS, vol. I, p. 200, 214.

(3) ADAMS, vol I, p. 214.

« Puisque tous les hommes ont un tel penchant à ne consulter que leur volonté et leur intérêt dans la formation, dans l'interprétation et dans l'exécution des lois, au préjudice du salut et de la liberté du peuple l'autorité souveraine, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ne doivent jamais résider dans une seule Assemblée même annuellement choisie par le peuple, parce que la majorité y opprimerait certainement la minorité et y ferait, interpréter et exécuter les lois à sa volonté et pour le seul intérêt de sa grandeur et de sa gloire (1) ».

« Il n'a jamais existé dans la nature humaine, au moins depuis la chute du premier homme, d'autre amour de l'égalité que celui qui tend à rabaisser les autres à notre niveau afin de pouvoir ensuite les dominer. L'amour de la démocratie ne serait jamais pour les membres de la majorité que l'amour de la majorité et dans ceux de la minorité que l'amour de la minorité. Quant à leur amour de l'égalité, les membres de la majorité l'affecteraient sans doute entre eux, mais ils ne prendraient même pas la peine de l'affecter envers les membres de la minorité (2) ».

A la Convention de ratification de l'Etat de Pennsylvanie, M. Wilson, un des délégués à la Convention fédérale de Philadelphie, disait que le but de la Con-

(1) ADAMS, vol. II, p. 301-302.

(2) ADAMS, vol. II, p. 412.

vention, qui avait élaboré la Constitution était précisément de construire un gouvernement dans la forme mixte, de façon à obtenir tous les avantages et à éviter tous les inconvénients des trois formes de gouvernement (1). M. Pinckney constatait la même chose à la Convention de la Caroline du Sud (2) et M. Stephans à la Convention de l'Etat de Virginie (3).

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 142.

(2) ELLIOT, *Debates*, vol. IV, p. 328.

(3) ELLIOT, *Debates*, vol. III, p. 643.

CHAPITRE III

ESPRIT DE LA CONVENTION (ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS)

Section I

L'ESPRIT PRATIQUE ET LA MÉTHODE PRAGMATIQUE DES CONSTITUANTS

Jusqu'à présent, en parlant des conditions dans lesquelles fut élaborée la Constitution, nous nous sommes occupés de ces conditions, telles qu'elles se présentaient au moment de la réunion de l'Assemblée ; c'est-à-dire des conditions de fait, et des idées qui circulaient à ce moment-là. Mais, une fois les délégués de la Convention assemblés, il se créa en quelque sorte une certaine atmosphère psychologique, qui dut modeler leur attitude et leur méthode vis-à-vis des problèmes qu'ils avaient à résoudre, des tâches qu'ils avaient à entreprendre. Evidemment, les conditions de fait et les idées qui faisaient monnaie à ce moment-là concouraient à former, cet état d'esprit. Mais il y a quelque chose de plus, un élément psychologique, qui

provient de la façon dont le tempérament réagit à ces conditions de fait et à ces idées. De la combinaison de ces trois facteurs découle l'attitude mentale ou émotive des constituants, qui doit imprimer son caractère sur leur travail. C'est cette attitude qui les fait envisager certaines idées et les fait laisser d'autres de côté, ou qui les conduit à être impressionnés par certains faits contemporains sans être même sensibles à d'autres.

A cet esprit, on pourrait appliquer l'adjectif « pratique » ou mieux encore « pragmatique ». Pour comprendre son sens, ici, il faut l'opposer à l'adjectif « doctrinaire ». Sur ce point, M. Beck, solliciteur général des Etats-Unis a dit dans une Conférence sur la Constitution :

« Le succès de la Constitution américaine est dû dans une large mesure au fait que ses artisans furent aussi peu imbus de l'esprit doctrinaire ; et cela est d'autant plus remarquable qu'ils vivaient à une époque d'ardente fermentation de la pensée humaine. Du milieu du XVIII^e siècle jusqu'à la fin de la Révolution française, les masses furent partout influencées par les abstractions ardentes et parfois outrées des Encyclopédistes, et la preuve de cette influence sur la pensée des colons américains éclate avec évidence dans le préambule de la Déclaration d'Indépendance, avec l'affirmation a priori de l'égalité des hommes et de leur droit absolu de disposer d'eux-mêmes.

Par bonheur, les artisans de la Constitution avaient reçu une rude et terrible leçon de l'anarchie consécutive à la Guerre d'Indépendance. Ils étaient moins préoccupés des droits de l'homme que de ses devoirs et leur grand dessein fut de substituer à l'idéalisme chimérique d'un dominant individualisme, l'autorité de la loi. De l'exaltation de l'époque, qui allait atteindre son point culminant pendant la Révolution française, il n'y a pas trace dans la Constitution. Ses auteurs se souciaient moins du contrat social de Rousseau que de la restauration de la loi et de l'ordre. De dures réalités et non de généreuses et irréalisables abstractions sollicitaient leur intérêt (1).

M. Beck attribue ainsi cet esprit pratique uniquement aux conditions de fait existant au moment de la Convention. Ne faudrait-il pas peut-être tenir compte un peu du tempérament américain que De Tocqueville a fait remarquer dans un de ses chapitres intitulé : « Pourquoi les Américains n'ont jamais été aussi passionnés que les Français pour les idées générales en matière politique » (2).

La Convention de Philadelphie n'était pas comme l'Assemblée Constituante de 1789 « pénétrée de l'esprit classique, fait de déductions logiques ; séduite par les

(1) BECK, *La Constitution des Etats-Unis*, p. 90-92.

(2) DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, chap. IV.

principes absolus, confiante dans leur toute-puissance, dans leur vertu magique » (1).

En lisant les débats de la Convention, on voit que les constituants s'intéressaient plutôt aux pratiques politiques qu'aux idées spéculatives. Ils ne se figuraient nullement être des métaphysiciens politiques. Loin de s'évertuer à jeter les bases d'une cité idéale, ils agirent en hommes pratiques, cherchant à tirer le meilleur parti des événements pour organiser la moins mauvaise forme de gouvernement. A cet égard, les lois constitutionnelles de 1875 ressemblent à la Constitution américaine.

En envisageant la Constitution des Etats-Unis, on ne saurait trop souligner cette idée que la constitution n'est pas un document logique, résultant d'un système de principes philosophiques. Au contraire, ce n'est qu'une série de solutions particulières à des problèmes particuliers. En effet, les constituants, en faisant cette œuvre, n'ont pas posé d'abord des principes métaphysiques pour en tirer chaque article dogmatiquement. Au contraire, ils ont envisagé chaque

(1) DUGUIT, *La séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*, p. 10.

On a beaucoup exagéré la portée de l'esprit métaphysique de l'Assemblée Constituante ; ses formules abstraites jachent souvent des réalités très définies ; voyez BOUTMY, *Etudes de droit Constitutionnel*, p. 279-280 ; SAINT-GIRONS, *La séparation des pouvoirs*, p. 126-127 ; CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'état*, vol. II, p. 31 ; JANET, *Histoire de la Science politique*, vol. I, Introduction ;

problème directement et individuellement et ils ont appliqué autant que les conditions le permettaient les solutions qu'ils avaient déjà vu réussir à la lumière de l'expérience.

« L'expérience doit être notre seul guide ; le raisonnement pourrait nous égarer (1) disait Dickinson à la Convention. Quel contraste avec les mots d'Alexandre Lameth à l'Assemblée Constituante. « Au reste, il faut moins consulter les exemples que les principes » (2). Cette phrase de Dickenson est symptomatique de l'esprit qui dominait la Convention et qui la dirigeait dans son travail. Le résultat de ce travail a été qualifié dans une formule très succincte et très expressive. « Rien d'éclatant, pas de grands théories spéculatives, un travail pragmatique avec des buts pratiques » (3).

Ce vrai caractère de la Constitution a été longtemps obscurci par un certain esprit d'adoration presque religieuse, qui l'entoure encore. Le Président Lowell de l'Université d'Harvard remarque à propos de cette tendance à glorifier et à adorer la Constitution que cette dernière est pour les Américains ce que le roi a été pour les autres nations. « Les observateurs étrangers ont été frappés de l'empressement avec

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 278.

(2) DUGUIT, *La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante*, p. 12.

(3) FARRAND, *The framing of the Constitution*, p. 201.

lequel les Américains se soumettent à cette royauté de la Constitution. Cet esprit de vénération confère à la Constitution une sorte de sainteté, qui lui donne droit à l'obéissance aveugle et au respect du peuple. Par conséquent, lorsque la Cour Suprême annule une loi que l'opinion publique réclame, la masse du peuple accepte d'ordinaire cette décision, comme une chose naturelle et sans s'en plaindre du verdict du tribunal parce qu'il a la foi dans le règne de la Constitution et qu'elle ait tort ou raison, elle doit régner et il faut lui obéir (1) ».

Donc, considérée en elle-même, la Constitution est loin de réunir toutes les qualités que célébraient naguère encore ses admirateurs, mais que les conditions difficiles de son adoption ne permettaient pas. « Le document destiné à relier entre eux, treize Etats et à satisfaire des intérêts aussi multiples, écrivait Hamilton, ne saurait être qu'une transaction entre autant d'intérêt et de vœux différents. Comment la perfection logique pourrait-elle être la conséquence de l'antagonisme d'éléments aussi divers ? » (2). Dans leur adresse au Congrès, les membres de la Convention de Philadelphie présentaient le pacte nouveau comme

(1) GARNER, *Idées et Institutions américaines*, p. 57 ; voyez aussi SMITH, *The spirit of the American Government* p. 184-185 ; BECK, *La constitution des Etats-Unis*, p. 122 ; ELLIOT, *Biographical Story of the constitution*, p. 26.

(2) *Le Fédéraliste*, 642.

un ensemble de concessions réciproques (1), non comme l'idéal de l'art politique.

C'est précisément le conflit parmi cette multitude d'intérêts différents des Etats, qui écarta nettement l'influence des théories générales et obligea les constituants à envisager chaque problème individuellement. Cette multiplicité d'intérêts a aussi forcé les constituants à recourir à une méthode de concessions réciproques, à un esprit de conciliation pour éviter que tout s'écroule. En présence de telles difficultés, les constituants n'auraient pas pu se montrer rigoureux sur des questions dites de principe, sans faire échec à l'ensemble du travail, sans aboutir à la stérilité.

Ces conflits d'intérêts étaient nombreux et enchevêtrés. Ils étaient souvent à la fois politiques et économiques. Les trois principaux étaient : le conflit entre les grands et les petits Etats (2) ; le conflit entre les Etats du Nord et les Etats du Sud sur la question de l'importation des esclaves et la façon de les compter pour la représentation (3) ; le conflit entre les intérêts agricoles et commerçants (4).

(1) *Le Fédéraliste* p. 766 ; voyez aussi ELLIOT, *Debates*, vol. II, p. 273 où Hamilton disait à la Convention de New-York que la Constitution était composée de concessions réciproques.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 53, 438, 440, 486, 513-514. Vol. III, p. 103, 330.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 566 ; 580, 593 ; vol. II, p. 220 ; 362 ; 364 ; 451,

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, 122, 360, 449, 510. Voyez aussi ELLIOT, *Debates*, vol. II, p. 273.

Parmi ces conflits, c'était le premier qui fût le plus difficile à résoudre. Les grands Etats réclamaient une participation tout à fait proportionnelle à leurs richesses et à leur importance supérieure. Les petits Etats étaient non moins attachés à l'égalité dont ils jouissaient. A un moment donné, M. Bedford, délégué de Delaware et représentant des petits Etats prononça ces mots qui permettent de juger le caractère aigu de la crise.

« On nous a dit d'un air dictatorial que ce moment était le dernier pour un loyal essai en faveur d'un bon gouvernement ; que si nous ne cédon pas, on dissoudra la Convention. Les grands Etats n'osent pas le faire. Car s'ils la dissolvaient, les petits Etats trouveraient quelque allié étranger de plus d'honneur et de meilleure foi, qui les prendrait par la main et leur ferait justice (1) ».

Cependant, malgré une certaine âpreté quelquefois dans les délibérations sur ces conflits, les constituants n'ont pas perdu de vue ce qui était le plus grand intérêt, la *consolidation de l'Union* dont dépendaient la prospérité, la sécurité, et peut-être même l'*existence nationale*. Cette considération, particulièrement importante, sérieusement et profondément gravée dans leurs esprits, a amené chaque Etat, au sein de la Convention, à se montrer moins intransigeant. C'est

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 492.

ainsi que la Constitution est le résultat de concessions et de compromis que la situation rendait indispensables. Il leur fallait rechercher non pas la meilleure constitution que chacun d'eux aurait pu s'imaginer ; mais la meilleure qu'ils voulussent bien accepter.

Les débats à cet égard sont remplis de déclarations de bonne volonté de la part des constituants, et empreints du désir de concilier les opinions pour faire aboutir l'œuvre de la Convention. Chacun se rendait compte qu'il fallait sacrifier un peu de ses idées personnelles pour qu'on puisse arriver à un document sur lequel une majorité s'entendrait. Ainsi M. Mason avertissait les constituants qu'il fallait transiger un peu sur les questions, qu'autrement on ne ferait pas de progrès (1). Il déclarait à propos de la question de la représentation que, lui, était partisan de la représentation proportionnelle dans les deux Chambres, mais qu'il cédait à la solution proposée, pour trouver un moyen de conciliation (2). M. Gerry était aussi prêt à faire abstraction de ses propres idées sur cette question car disait-il, « un gouvernement, quel qu'il soit, sera encore mieux qu'aucun gouvernement » (3).

En parlant des conflits d'intérêts entre les Etats du Nord et du Sud, M. G. Morris exprimait l'idée

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 533.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 544.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, 555.

que ces conflits pourraient faire l'objet d'une transaction (1) .

Mais la meilleure expression de cet état d'esprit se trouve dans le discours que Franklin prononça avant la signature de la Constitution.

« J'avoue, dit-il, qu'en ce moment, il y a plusieurs points de cette Constitution que je n'approuve pas, mais je ne sais si, par la suite, je ne les approuverai point ; car comme j'ai déjà vécu longtemps, j'ai souvent éprouvé qu'une meilleure information ou un examen plus approfondi me faisait changer d'opinion même sur des sujets très importants et que, ce que j'avais d'abord cru juste, me semblait ensuite tout différent. C'est pour cela que plus je deviens vieux et plus je suis porté à me défier de mon propre jugement et à respecter davantage le jugement d'autrui ».

« C'est dans ces sentiments, Monsieur, que j'accepte notre constitution avec tous ses défauts, si tant est que les défauts que j'y trouve y soient réellement. Je pense qu'un Gouvernement général nous est nécessaire et que quelque forme qu'ait un gouvernement, il n'y en a point qui ne soit avantageux pour le peuple, s'il est bien exercé. Je crois qu'il est vraisemblable que le nôtre sera exercé sagement pendant nombre d'années, mais que comme tous ceux qui l'ont précédé, il finira par devenir despotique si le peuple devient

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 374.

assez corrompu pour ne pouvoir plus être gouverné que par le despotisme. Je doute, du reste, qu'aucune autre assemblée puisse faire une meilleure Constitution que celle-ci, car lorsqu'on rassemble un grand nombre d'hommes, pour recueillir les bénéfices de leur sagesse collective, on rassemble inévitablement avec eux, leurs préjugés, leurs passions, leurs erreurs, leurs intérêts locaux et leurs points de vue égoïstes. Peut-on espérer qu'une telle assemblée produise rien de parfait ? Non sans doute, Monsieur, et c'est pourquoi je m'étonne que notre Constitution approche autant de la perfection. Oui, j'accepte notre Constitution parce que je n'en attends pas de meilleure et que je ne suis pas sûr qu'elle ne soit la meilleure. Je fais au bien public le sacrifice de l'opinion que j'ai de ses défauts (1) ».

Ce compromis qui est sorti du conflit entre les grands et les petits Etats a laissé une impression profonde sur la constitution — plus qu'aucun principe qu'on pourrait nommer. C'est lui qui a modelé l'organisation du Sénat avec ses compétences à la fois législatives et exécutives ; résultat qui a été souvent faussement attribué à l'influence du système des freins et des contrepoids. C'est confondre le résultat avec la cause agissante. Une fois qu'on fut d'accord pour une représentation égale au Sénat, les petits

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 644, 644.

Etats s'empressèrent de mettre dans ce corps autant de compétences que les circonstances le permettaient. Car, dans l'autre branche de la législature, la représentation devait être basée sur la population et puis ils craignaient que les grands Etats ne choisissent toujours le Président parmi eux. Donc, le Sénat leur paraissait comme leur seul centre de force.

« Devrait-on s'étonner, qu'au milieu de toutes ces difficultés, la Convention ait été forcée de s'écarter parfois de cette construction artificielle et de cette symétrie régulière auxquelles une vue abstraite du sujet peut conduire un théoricien habile qui bâtit une constitution dans son cabinet ou dans son imagination (1)

Née au milieu des obstacles, des périls et des fautes, la Constitution fut manifestement la fille des circonstances, que l'on sut mettre à profit habilement, et le fruit de nombreuses expériences. Aucun document, ayant une origine et un développement comme celui-ci, ne pouvait être ni logique, ni régulier. Etant un mélange des idées et des conceptions les plus opposées, ce document si pratique ne pouvait être l'œuvre d'une seule théorie ; elle devait contenir un peu de toutes les théories ; elle devait se prêter à toutes les interprétations, au moins partiellement ;

(1) *Le fédéraliste*, p. 295, 297.

ainsi elle ne peut être expliquée par aucune interprétation unitaire (1).

« Serait-ce un pur paradoxe néanmoins d'avancer qu'en politique et dans maintes autres choses considérables, ce qui n'est pas contradictoire et irrégulier par endroit ne saurait être ni viable ni humain ? Peut-être tout agencement trop symétrique des affaires est artificiel et ne dure pas (2).

Si nous résumons, nous voyons que l'esprit pratique de la Convention a pour cause, la réaction que les conditions menaçantes du moment et les conflits d'intérêts produisaient sur un tempérament déterminé ; nous voyons aussi que les manifestations de cet esprit pratique ont été doubles ; d'abord il a engendré une méthode pragmatique (c'est-à-dire une tendance à suivre l'expérience, autant que possible) et ensuite, il a créé un certain esprit de transaction nécessaire pour concilier les divergences d'intérêt. Ces deux résultats se combinent dans la mesure, où les constituants puisent dans leur expérience, pour en retirer des instruments de transaction.

On peut comprendre qu'étant donné cet état d'esprit des constituants, ils eussent été réfractaires à l'influence d'une idée philosophique ou métaphysique, telle la distinction théorique des fonctions, ou la

(1) WILSON, *Constitution Government in the United States*, p. 60.

(2) DUC DE NOAILLES, *Cent ans de République*, vol. I, p. 154.

notion de spécialisation. On peut même comprendre qu'une telle idée leur eût répugné et eût été repoussée par cette méthode pragmatique, qui visait les pratiques déjà éprouvées plutôt que les distinctions doctrinales. Ce qui leur importait davantage peut-être et ce qui leur paraissait plus pratique et plus clair, c'était l'indépendance des départements, c'est-à-dire une séparation d'hommes plutôt qu'une séparation des fonctions.

Mais pour avoir une idée complète de l'esprit de la Convention, il faut tenir compte d'une petite minorité, bien qu'elle fût très minuscule et d'aucune importance sur les décisions de la Convention à cet égard. Parmi les membres, il y en avait comme M. Mason, qui donnait comme une des raisons de son refus de signer la Constitution le fait que le Vice-Président devait présider le Sénat, ce qu'il considérait comme « un mélange dangereux des pouvoirs exécutif et législatif (1) ». M. Gerry, qui refusa aussi de signer la Constitution, exposait dans une lettre au Sénat de son Etat, que « l'exécutif était confondu avec le législatif et allait avoir trop d'influence sur ce dernier (2) ». M. Martin, qui devait devenir un adversaire acharné de la Constitution prétendait aussi que le Sénat faisait partie de l'exécutif aussi bien que du

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 639.

(2) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 128.

législatif « ce que tout gouvernement sagement construit a jugé essentiel de séparer (1) ». C'est justement à ces objections que Madison répondait avec son interprétation souple de « la Séparation des Pouvoirs » dans le passage du *Fédéraliste* que nous avons déjà cité (2). D'ailleurs, au fond, ces raisons n'étaient pas, dans la plupart des cas, les vraies causes de l'opposition de ces adversaires de la constitution ; dans d'autres, elles n'étaient que des causes d'ordre tout à fait secondaire. Cet emploi du nom de la théorie de la Séparation des Pouvoirs était simplement destiné à impressionner les esprits susceptibles d'être influencés par cette sorte d'argument. En tout cas, il n'y avait pas beaucoup de ces esprits-là à la Convention.

Section II

L'EXPÉRIENCE DES CONSTITUANTS

Il nous reste à nous demander en quoi consistait cette expérience dont parlait Dickinson, que les constituants devaient suivre, autant que possible, étant donné leur méthode pragmatique et leur esprit pratique.

Cette expérience avait, dans une large mesure, son

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 155.

(2) *Le Fédéraliste*, p 397-401.

origine dans la formation et dans l'administration des gouvernements des Etats particuliers. Presque tous les cinquante-cinq délégués à la Convention avaient une expérience des affaires publiques ; trente-neuf d'entre eux avaient fait partie du premier et du second Congrès Continental ; trente-et-un étaient des juristes et la plupart d'entre eux avaient été juges dans les cours locales et fonctionnaires.

En ce qui concerne « la Séparation des Pouvoirs » la distribution des compétences dans ces constitutions des Etats était le résultat d'une longue évolution coloniale. On peut tracer cette évolution très minutieusement dès la première charte coloniale donnée à Sir Walter Raleigh pour fonder la colonie de Virginie (1). Ce qu'on remarque dans cette étude historique, c'est que toute cette évolution représente une tendance au morcellement et à la division de la puissance publique — toute pareille à celle que nous avons vue en Angleterre, commençant par une concentration de tout pouvoir dans les mains d'un seul (2) et graduellement, arrivant à une certaine distribution parmi les organes différents qu'on crée. C'est d'ailleurs pourrait-on dire, la voie qu'on doit toujours parcourir en allant d'un gouvernement très primitif dans une société très rudimentaire à un gouvernement

(1) GREENE, *The provincial Governor* ; FISCHER, *The Evolution of the Constitution*, p. 115 et suivantes.

(2) GREENE, *The provincial Governor*, p. 34.

plus complexe et plus nuancé pour une société également complexe.

Les grandes étapes de cette évolution sont les suivantes : 1^o au début, l'exécutif avec un conseil ; 2^o formation d'une Chambre basse et représentative constituée pour la première fois en 1619 en Virginie (1) ; 3^o séparation des deux Chambres en 1680 en Virginie (2) ; 4^o La Chambre haute se déclare indépendante du gouverneur (3) ; 5^o conquête de la fonction législative par les deux Chambres, sauf pour le droit de veto ; 6^o Organisation d'un « judiciaire » indépendant, mais le gouverneur et son conseil restent la cour de dernier appel (4).

Cependant, même à la fin de la période coloniale la prépondérance du pouvoir était restée dans les mains du gouverneur. C'est cette situation que les nouvelles constitutions des Etats, anciennes colonies, sont venus renverser. Tout en proclamant à haute voix le principe de la « Séparation des Pouvoirs », ces constitutions représentent, en réalité, simplement une re-distribution des compétences (5), qui devait aboutir à une prépondérance très marquée des légis-

(1) GREENE, *The provincial Governor*, p. 36.

(2) GREENE, *The provincial Governor*, p. 42.

(3) GREENE, *The provincial Governor*, p. 45.

(4) GREENE, *The provincial Governor*, p. 45.

(5) SMITH, *The spirit of the American Government*, p. 18-19 ;
BARTHÉLÉMY, *Le rôle du Pouvoir Exécutif*, p. 50.

lateurs (1). C'est ainsi que dans la période révolutionnaire, le principe de la Séparation des Pouvoirs servait comme une arme dirigée contre la prédominance du gouverneur de la période coloniale.

C'est dans cette même période que furent élaborés les articles de Confédération, la première Constitution du Gouvernement central ; là aussi nous voyons la marque de la suprématie législative portée à son plus haut degré.

Quelques observateurs superficiels disaient que c'était là, dans cette concentration de tout pouvoir dans une Assemblée, l'absence d'une séparation, qui était la cause principale des maux que la Confédération avait subis (2). Ils soutenaient alors qu'il fallait établir un exécutif indépendant et muni de toutes les compétences, qui devaient lui appartenir, et un « judiciaire » fédéral. Mais cette critique ne touchait pas le fond des difficultés, qui était plutôt le manque de pouvoir de coercition sur les Etats, en somme, la faiblesse générale du Gouvernement de la Confédération (3) le rendait incapable de faire exécuter ses ordres. Comment distribuer les compétences entre des organes différents quand il y en avait si peu à répartir ?

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 35.

(2) FARRAND, *The Framing of the Constitution*, p. 50. FARRAND, *Records*, vol. III, 108.

(3) SMITH, *The spirit of the American Government*, p. 22-23.

Les Articles de Confédération sont nés au cours de la lutte contre ce que les Etats appelaient « oppression » de la part d'une puissance supérieure. Ils ont cherché l'Union pour se débarrasser de cette oppression, et le souvenir du gouvernement de la métropole — surtout du roi — était encore trop vivant pour qu'ils courent le risque de perdre même une partie infime de leur liberté et de leur indépendance si durement gagnées, en établissant un gouvernement central très fort. Mais l'écoulement du temps devait les obliger à conclure que la force et la fermeté dans le gouvernement central étaient essentielles à la liberté et qu'une main solide était nécessaire à l'indépendance et comme disait Washington que « l'influence n'était pas gouvernement » (1).

Les Américains ne tardèrent pas à s'apercevoir des inconvénients de l'omnipotence législative et à la Convention, leur conception de l'exécutif est dominée par une méfiance à l'égard du corps législatif, surtout de la Chambre basse ; cette méfiance est le résultat de leur propre expérience.

« L'expérience nous a démontré », dit M. Madison à la Convention « la tendance de nos gouvernements à jeter tous les pouvoirs dans un vortex. Les « *exécutifs* » dans les Etats ne sont que des zéros ; les législatures sont omnipotentes. Si on ne trouve pas un frein

(1) ELLIOT, *Biographical Story of the Constitution*, p. 6.

efficace pour restreindre l'instabilité et les empiètements de ces dernières, une révolution d'une sorte ou d'une autre sera inévitable » (1).

Une deuxième caractéristique de cette longue évolution, se trouve dans la façon dont l'idée d'indépendance plutôt que celle de la spécialisation est soulignée comme synonyme de « séparation ». La première tentative de « séparation » dans ce sens fut la charte de 1732 de Georgie qui prévoyait qu'aucun membre du législatif ne pourrait faire partie de l'exécutif (2). Ce principe d'incompatibilité devait substituer et se développer dans les premières Constitutions des Etats particuliers (3). C'est surtout avec cette signification de l'indépendance que la théorie de « la Séparation des Pouvoirs » devait prendre son extension, comme nous l'avons déjà vu, sous la forme de la théorie des freins et des contrepoids.

Une troisième caractéristique de cette évolution, qu'il faut remarquer, c'est sa qualité purement historique et pratique, c'est-à-dire l'absence d'influences doctrinales ou de distinctions rationnelles ou préconçues. C'est l'inscription dans les constitutions des Etats, de déclarations de principe très solennelles, prêtant à des interprétations rigides et scientistes, qui

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 35.

(2) FISHER, *The Evolution of the Constitution*, p. 112.

(3) FISHER, *The Evolution of the Constitution*, p. 112.

a souvent donné l'impression du contraire. Mais en fait l'inscription de ces déclarations n'a rien changé au caractère des anciennes pratiques coloniales ; le seul changement qui ait eu lieu fut un déplacement de prédominance de l'exécutif dans le législatif ; par un transfert de certaines compétences, mais sans égard à la question de la nature intrinsèque de ces compétences. Jamais il n'y a eu tentative de répartir les compétences sur une base psychologique ou d'une façon rigoureuse.

« Car si nous examinons les constitutions des différents Etats, nous trouvons que malgré les termes solennels et parfois absolus dans lesquels cet axiome y a été posé, il n'est pas un seul cas où les différents départements de pouvoir aient été entièrement séparés et distincts. New Hampshire dont la Constitution a été faite la dernière semble avoir parfaitement senti l'impossibilité et l'inutilité d'éviter tout mélange de ces départements ; il a expliqué la doctrine en déclarant que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire devraient être séparés et indépendants *autant que la nature d'un gouvernement le permet* ou autant que cette séparation peut s'accorder avec cette chaîne d'union qui lie l'ensemble de la Constitution dans un tout indissoluble d'unité et d'amitié. En conséquence, sa constitution mélange les départements, à quelques égards. Le Sénat qui est une branche du département législatif est aussi un Tribunal

pour les *impeachments*. Le Président, qui est le chef du département exécutif est aussi membre président du Sénat et non seulement sa voix compte comme celle des autres membres dans tous les cas, mais encore elle est prépondérante en cas de partage. Le chef exécutif est lui-même éventuellement élu tous les ans par le département législatif et son conseil est tous les ans choisi par et parmi les membres du même département. Quelques fonctionnaires de l'Etat sont aussi nommés par la législature. Et les membres du département judiciaire sont nommés par le département exécutif ».

« La Constitution des Massachussetts a observé cette réserve quoique moins marquée dans l'expression de cet article fondamental de la liberté. Elle déclare que le département législatif n'exercera jamais des pouvoirs exécutif et judiciaire ou l'un des deux ; que le département exécutif n'exercera jamais les pouvoirs législatif et judiciaire ou l'un d'eux ; que le judiciaire n'exercera jamais les pouvoirs législatif et exécutif. Cette déclaration s'accorde parfaitement avec la doctrine de Montesquieu. Elle ne fait que défendre à l'un des départements d'exercer le pouvoir entier d'un autre département. Dans toute constitution en tête de laquelle elle se trouve, on admet un mélange partiel des pouvoirs. Le magistrat exécutif a un droit de veto conditionné sur le Corps législatif et le Sénat, qui est une partie de la législature, est la cour d'im-

peachments. De même les membres du judiciaire sont nommés par le département exécutif et ce dernier peut aussi les destituer sur l'adresse des deux branches législatives.

La Constitution de New-York donne au magistrat exécutif , un contrôle partiel sur le département législatif et elle donne un contrôle semblable au judiciaire ; bien mieux, elle réunit les départements exécutif et judiciaire dans l'exercice de ce contrôle. Dans son conseil de nomination, les membres du législatif sont associés au pouvoir exécutif, pour la nomination de fonctionnaires exécutifs et judiciaires. Et sa cour pour le jugement des *impeachments* et la correction des erreurs est composée d'une des branches de la législature et des principaux membres du département judiciaire.

« La Constitution de New Jersey a mélangé les différents pouvoirs du gouvernement plus qu'aucune des précédentes. Le gouverneur, qui est le magistrat exécutif est nommé par la législature ; il est chancelier et « ordinaire » ou subrogé de l'Etat. Il est membre de la Cour Suprême d'appel, et Président, avec voix prépondérante en cas de partage de l'une des Chambres législatives. La même Chambre législative remplit encore les fonctions du Conseil exécutif du Gouvernement et constitue avec lui la Cour d'Appel. Les membres du département judiciaire sont nommés par le département législatif et peuvent être révoqués

par l'une des Chambres sur l'*impeachment* de l'autre (1) ».

Aussi dans les Constitutions de Pensylvanie, de Delaware, de Maryland, de Virginie, de la Caroline du Nord et du Sud, et de Géorgie, dont quelques-unes contiennent cette déclaration de principe dans les termes les plus tranchants, il y a toujours ce même mélange dans la distribution des compétences parmi les départements (2).

C'est avec toute cette expérience, la longue évolution des Gouvernements coloniaux, la formation des constitutions des Etats, dont dix ans d'application avaient démontré les défauts, que la Constitution des Etats-Unis fut élaborée (3).

Jusqu'à présent, nous avons étudié la formation de la Constitution sous des angles différents, mais pour la grande partie de l'*extérieur* ; nous voudrions pénétrer dans le sein même de la Convention et après un coup d'œil d'ensemble, l'étudier dans le détail, en ce qui concerne « la Séparation des Pouvoirs ».

(1) *Le Fédéraliste*, p. 401-404, trad. Jèze.

(2) *Le Fédéraliste*, p. 404-407.

(3) WILSON, *The state*, p. 473 ; BYRCE, *La République américaine*, vol. I, p. 598, qui donne en détail les parties que la Constitution Fédérale doit aux Constitutions des États.

TROISIÈME PARTIE

La formation de la Constitution dans la Convention et la Séparation des Pouvoirs

CHAPITRE PREMIER

PROJETS PRÉSENTÉS A LA CONVENTION — OU COUP D'ŒIL D'ENSEMBLE

La Convention se réunit le 25 mai 1787, à la maison d'Etat de Philadelphie, petite ville d'à peine plus de 20.000 habitants : la réunion avait été lente à s'effectuer. On avait entouré d'une ample publicité la convocation faite pour le 13 mai, mais à ce jour, quelques délégués seulement furent rassemblés, en nombre insuffisant pour réaliser le quorum. La délégation de Virginie comprenant six membres et formant probablement la délégation la plus capable de tous les Etats, était arrivée à temps et ne trouvant pas le quorum nécessaire, avait employé la période

d'attente à soumettre à la délégation de Pensylvanie les grandes lignes d'un plan pour la nouvelle Constitution.

Le 29 mai, M. Randolph premier délégué de la Virginie, ouvrit la première séance de l'Assemblée par une allocution, dans laquelle, il soumettait, sous forme de quinze points, cette esquisse de gouvernement, qui devait être la base de la nouvelle constitution. Lui-même dans son discours d'ouverture résuma ses propositions en avouant avec candeur qu'elles n'étaient pas destinées à une confédération, mais à une union fédérale. L'Assemblée allait discuter sérieusement sur ce changement radical et même parfois âprement. Le projet prévoyait pour ce qui nous intéresse, une législature nationale, dont la branche inférieure serait élue par le peuple, sur la base, soit de la population, soit de la quantité d'impôts directs payés par chaque Etat (1); et la branche supérieure par la branche inférieure, sur proposition des législatures des Etats (2). Cette législature ne devait pas seulement exercer tous les droits législatifs accordés à la fédération, mais elle devait avoir aussi le droit de « rejeter toutes les lois adoptées par les divers Etats, et contrevenant dans l'opinion de la législature aux articles de l'Union (3) ». C'était accorder le droit

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 20.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 20. Résolution 4.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 21, Résolution 6.

d'apprécier la constitutionnalité des lois des Etats au corps *législatif* national.

L'exécutif national devait être élu par la législature, pour une durée qui serait prévue par la Constitution et devait avoir un traitement fixe ; il ne devait pas être rééligible (1).

Le judiciaire national, composé d'un Tribunal suprême et des tribunaux inférieurs, devait garder leurs fonctions pendant « good behavior » (bonne conduite) et recevoir un traitement qui ne pourrait être ni diminué, ni augmenté pendant la durée de leur fonction (2).

L'exécutif et un certain nombre des membres du judiciaire devaient former un conseil pour exercer un veto sur « tout acte de la législature nationale avant qu'il ne devint opérant et sur tout acte d'une législature particulière avant qu'une décision de rejet définitive ne fût prise » (3).

M. Randolph venait à peine de soumettre ce projet dénommé « le projet virginien » que Charles Pinckney, de la Caroline du Sud, un jeune homme de vingt-neuf ans soumit à son tour, un autre projet qui, paraît-il, ne différait pas en principe du projet virginien (4).

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 21.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 21.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 21.

(4) Un exemplaire exact de ce projet de Pinckney n'a jamais été trouvé.

Peu d'attention fut prêtée d'ailleurs au projet de Pinckney, ce qui peut être attribué à l'attitude des membres plus âgés de l'Assemblée à l'égard de la présomption de sa jeunesse.

Ces deux projets présentés, l'Assemblée se constitua le 30 mai, en commission, pour examiner les quinze propositions du projet virginien.

Mais avant de commencer cet examen, M. Randolph (1) sur la suggestion de G. Morris, proposa trois propositions additionnelles d'ordre général, dont la dernière a été souvent mal interprétée. Elle disait qu'un gouvernement national devait être composé d'un législatif, d'un exécutif et d'un judiciaire suprême (2). On ne peut comprendre cette proposition qu'en la comparant avec les articles de la Confédération sous l'empire desquels il n'y avait ni exécutif, ni judiciaire national. Dans cette proposition, il n'était nullement question de « la Séparation des Pouvoirs » dans la forme d'une déclaration de principe telle que celle contenue dans l'Article 16 de la Déclaration des Droits de 1789. Ce que l'on voulait, c'était exprimer le vœu d'établir un gouvernement national complet, et il était tenu pour entendu que tout Gouvernement complet comprenait les organes législatif, exécutif et judiciaire.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 33.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 35.

D'ailleurs, le fait que cette proposition fut adoptée, après une très brève discussion, confirme bien qu'il s'agissait tout simplement de manifester la volonté de la Convention de construire un gouvernement national entier, pour rétablir l'ordre que la faiblesse d'un gouvernement incomplet avait ébranlé (1). Dans tous les débats de la Convention, il n'est jamais question d'une déclaration de principe sur la séparation des pouvoirs. Une telle manière de procéder aurait été tout à fait contraire à l'esprit et à la méthode qui dirigeaient le travail des constituants.

Alors suivit un débat sur les quinze propositions virginienues. Le point principal de divergence, qui faillit faire échouer l'Assemblée, résida dans l'inévitable difficulté, qui surgit toujours quand il s'agit de former une union entre de grands et de petits Etats.

Les cinq grands Etats avaient une population deux fois plus nombreuse que celle des autres ; les trois plus grands Etats seuls, avaient une population plus nombreuse que celle des autres. En outre, les Etats différaient considérablement sous le rapport de leurs richesses et de leurs puissance matérielle. Tous néanmoins étaient représentés dans la Convention au même titre de nation souveraine et indépendante et les plus petits revendiquaient, dans le futur gouvernement, l'égalité politique qui était la règle dans la Convention

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 35.

et dans le Congrès de la Confédération (où chaque Etat, grand ou petit, représenté, avait une seule voix. Mais les plus grands Etats n'étaient guère disposés à souscrire à cette prétention.

Le 15 juin, les petits Etats présentèrent leur projet, connu sous le nom de projet de New Jersey parce qu'il fut présenté par M. Patterson, délégué de cet Etat (1).

Ce projet contrastait vivement avec le projet virginien. Il ne prévoyait qu'un amendement à la Constitution existante et l'augmentation des compétences de l'impuissante Confédération. Il établissait un exécutif fédéral et un judiciaire fédéral ; mais à part cela, le Gouvernement restait une simple ligue d'Etats et le pouvoir lui échappait quand il demandait aux Etats de faire exécuter les décrets. Ce projet affaiblissait encore davantage la position de l'exécutif vis-à-vis du législatif. Déjà, dans le projet virginien, il devait être élu par la législature ; dans le projet de New Jersey (2), il devait en outre être composé de plusieurs personnes, ce qui lui enlevait beaucoup de fermeté.

Il y eut d'autres différences que M. Wilson a nettement exposées dans un discours qu'il fit à la Convention (3). Dans le projet virginien, la législature était bicamérale ; dans celui de New Jersey, unicamérale.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 242-245.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 244.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 252.

La représentation était proportionnelle à la population dans le premier projet ; dans le second, il y avait la représentation égale de chaque Etat. Dans le projet virginien, comme nous l'avons remarqué déjà, la législature devait avoir le droit d'opposer un veto à toute loi des Etats, contraire à la Constitution ; cette clause n'existait pas dans le projet de New Jersey. L'exécutif national, dans les deux projets était soumis à l'*impeachment*, mais dans le projet de New Jersey, ce procès devait être jugé par les exécutifs des Etats (1) et non par le judiciaire national (2).

On peut rattacher ces différences principales à deux préoccupations : premièrement, ne pas rendre le Gouvernement central trop fort parce qu'alors, les petits Etats perdraient encore davantage de leur indépendance, et faire ainsi dépendre le gouvernement central autant que possible des Etats particuliers ; et deuxièmement attribuer les compétences additionnelles qu'on était obligé de donner au gouvernement central, plutôt à un corps législatif, composé d'une seule chambre, car c'est là que les petits Etats espéraient avoir, au moyen d'une représentation égale, le plus d'influence ; ensuite comme corollaire, essayer de subordonner l'exécutif, autant que possible au législatif, de peur que le chef de l'exécutif ne soit dans la plupart des cas, un habitant d'un grand Etat.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 244.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 22.

Le projet de New Jersey suscita une crise et la discussion pendant longtemps ensuite ne fit que s'envenimer.

Le 18 juin, Alexandre Hamilton monta à la tribune pour la première fois. Il parla pendant cinq heures et examina les projets de Virginie et de New Jersey (1). Il fit l'éloge de la constitution britannique et cita la remarque de M. Necker, qui voyait dans le Gouvernement anglais le seul qui unît la force gouvernementale à la sécurité individuelle. Il plaida en faveur d'un gouvernement central fort et consolidé et d'un exécutif restant en fonction à vie (2). L'exécutif, avec le consentement du Sénat, devait pouvoir déclarer la guerre, conclure tous les traités, faire toutes les nominations, exercer le droit de grâce (3). Le Sénat serait nommé aussi à vie (4) et, il n'y aurait que les députés qui seraient élus pour une durée limitée : une période de trois ans (5). Comme dans les projets de Virginie et de New Jersey, l'exécutif (ici aussi les sénateurs) était assujéti à l'*impeachment* ; dans le projet d'Hamilton, ce procès devait être jugé par une cour composée des Présidents des Cours Suprêmes des Etats (6). Ici encore, toute loi des Etats, contraire à

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 282 et suiv.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 292.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 292. Résolution 4.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 291. Résolution 3.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 291. Résolution 2.

(6) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 292. Résolution 9

la Constitution, devait être déclarée nulle et invalide (1).

Ces propositions étaient, en ce qui concerne l'organisation du Sénat et de l'exécutif, trop éloignées de l'opinion de la majorité à la Convention, pour être prises en considération. Mais la conception d'un exécutif indépendant et énergique devait avoir une influence sur les constituants.

Comme la discussion se poursuivait, la crise suscitée par des divergences de vue entre grands et petits Etats, devint encore plus aiguë. Finalement, les petits Etats adressèrent aux plus grands un ultimatum, spécifiant qu'ils quitteraient immédiatement l'Assemblée, si la représentation dans les deux branches de la législature proposée n'était pas établie sur la base de l'égalité ; tous les Etats, grands ou petits, devant avoir chacun une voix.

Il fut alors décidé de nommer une commission de onze membres, à raison de un par Etat, pour étudier la question et cette commission conclut, le 5 juillet, par un rapport favorable à la représentation proportionnelle à la Chambre et à la représentation égale au Sénat. Le 16 juillet, ce compromis fut enfin accepté, par lequel étaient reconnus les droits des plus grands Etats à la Chambre basse, et ceux des petits Etats par une représentation égale au Sénat. Telle fut la

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 293. Résolution 10.

grande transaction grâce à laquelle le travail de la Convention put continuer.

L'Assemblée tourna alors son attention vers l'Exécutif et s'occupa du judiciaire ensuite. Ayant voté un nombre de propositions générales, les membres de la Convention nommèrent le 23 juillet « une commission de mise au point » pour incorporer ces propositions sous la forme d'une constitution et s'ajournèrent jusqu'au 6 août en attendant son rapport. Ce rapport (1) (composé d'un préambule et de vingt-trois sections contenant quarante-trois articles) ne suivait pas servilement les propositions virginiennes car la Commission y avait introduit des suggestions émises au cours de ses délibérations (quoiqu'il en soit, il faisait rentrer en substance le plan virginien dans un programme réalisable, qui a été vraiment le germe même de la Constitution).

Après la présentation de ce rapport, la Convention employa plus d'un mois à la discuter avec un soin minutieux. On étudiait et on discutait chaque phrase de la Constitution proposée. C'est dans cette discussion que nous voudrions entrer pour en dégager les grandes lignes en ce qui concerne la « Séparation des Pouvoirs ». Mais suivons d'abord, jusqu'à la fin, le travail de la Convention pour en avoir une idée chronologique.

Le mois d'août touchait maintenant à sa fin. La

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 177-190.

Convention avait siégé plus de trois mois. Le 8 septembre, une nouvelle commission fut nommée pour réviser la rédaction et arranger les articles qui avaient été adoptées par l'Assemblée. Cette commission était d'une compétence exceptionnelle ; elle se composait du D^r. William Samuel Johnson ; d'Alexandre Hamilton ; de M. G. Morris, brillant esprit d'une clarté d'expression exceptionnelle (c'est lui qui devait faire la grande partie de la rédaction) ; de James Madison et de Rufus King qui, selon le style de l'époque, « avait rang parmi les lumières du siècle (1) ».

La commission présenta son rapport le 12 septembre. Le 13 septembre, les exemplaires imprimés de ce rapport se trouvèrent prêts et la Convention s'occupa trois jours encore à confronter chaque article et chaque section de ce projet définitif. Le travail de rédaction de la Constitution étant achevé, elle fut adoptée et la grosse en fut soumise aux signataires, le 17 septembre, quand la Convention se réunit pour la dernière fois.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I:1, p. 87.

CHAPITRE II

LE LÉGISLATIF ET « LA SÉPARATION DES POUVOIRS »

Section I

LE SYSTÈME BICAMÉRAL

La première question qui s'était posée à l'égard du législatif était celle de savoir si on devait établir un système bicaméral ou unicaméral. On aboutit à un corps législatif composé de deux Chambres, solution souvent attribuée à l'influence du principe des freins et des contrepoids. Et le Fédéraliste portait à le faire croire, disant « Dans un Gouvernement républicain, l'autorité législative prédomine nécessairement. Le remède à cet inconvénient est de diviser la législature en plusieurs branches et de les rendre, par la différence du mode d'élection et de leur principe d'action, aussi étrangères l'une à l'autre que le permettent des fonctions communes et leur dépendance commune vis-à-vis de la nation (1) ».

(1) *Le Fédéraliste*, p. 431, trad. Jèze.

A la Convention, quand Patterson en soutenant le projet de New Jersey (1) disait qu'il n'y aurait pas besoin d'un frein spécial dans la législature parce que les représentants des Etats différents agiraient en contrepoids, les uns à l'égard des autres ; M. Wilson lui répondait (2) que la seule façon d'éviter un despotisme législatif était de diviser la législature en deux branches.

Mais derrière cette discussion d'une apparence théorique, il s'agissait d'intérêts très précis. L'opposition au système bicaméral venait en grande partie des petits Etats, qui craignaient qu'un trop grand remaniement de la Confédération ne leur soit désavantageux. Alors, les délégués des petits Etats élevèrent des objections de caractère technique, en disant que la Convention était chargée uniquement de réviser les articles de la Confédération et qu'elle n'avait pas la compétence pour faire une nouvelle Constitution (3). Et d'ailleurs, disait M. Sherman, « il n'y a aucune nécessité d'une législature de deux branches dans une Confédération (4).

Mais tous ces scrupules, et toute cette opposition de principe furent balayés dès qu'on proposa de donner une représentation égale aux petits Etats

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 251.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 254.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 336.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, 341. Aussi vol. III, p. 403.

dans une des branches législatives. Et c'est M. Sherman lui-même, qui, après avoir fait une opposition vigoureuse au système bicaméral, proposa, le premier, de l'accepter, si les petits Etats devaient avoir une voix égale au Sénat (1). Il faut voir ainsi dans l'adoption du système bicaméral, un instrument pratique de compromis entre les intérêts des grands et les petits Etats plutôt qu'une déduction de la théorie des freins et des contrepoids.

C'est là un exemple frappant de cette méthode pragmatique et de cet esprit qui amenaient les constituants à écarter les théories spéculatives et à se placer sur une base pratique pour aboutir à une solution de transaction capable de rallier une majorité. Ce sont seulement des théoriciens venant regarder la constitution, toute faite, qui pourraient attribuer des solutions telles que celle-ci à un principe adopté *a priori*.

Le compromis établi, les petits Etats se hâtèrent d'augmenter les compétences de la Chambre haute où ils devaient avoir une voix égale, pour en faire la branche prépondérante de la législature. C'est une des raisons pour laquelle on a donné au Sénat, en dehors de ses compétences législatives, le droit d'approuver les nominations, de ratifier les traités faits par l'exécutif et de juger les procès d'*impeachment*.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, 343.

On a voulu voir ici une déduction du principe des freins et des contrepoids envisagé dans son aspect social. On a quelquefois interprété ce mélange de compétences (1) comme un effort conscient pour rendre le Sénat aussi fort que possible, corps aristocratique, qui devait surtout protéger les intérêts de la propriété contre les empiètements de la chambre populaire. Il y eut un certain nombre de discours à la Convention dont on pourrait tirer cette interprétation. M. G. Morris disait que le Sénat devait être un frein contre les excès de la première branche législative pour le cas où celle-ci attaquerait les droits de propriété (2). Lui, d'ailleurs comme Hamilton, qui parlait aussi d'un frein pour arrêter les violences et la turbulence de l'esprit démocratique (3) demandait pour cette raison-là, que les sénateurs soient nommés à vie pour qu'ils ne soient pas influencés par les fluctuations électorales (4), en rappelant aux constituants, la servilité des Sénats des Etats. Madison soutenait, pour des raisons semblables, une durée de pouvoir assez longue pour le Sénat (au moins de 9 ans) (5), disant que la distinction des classes possé-

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 101. WILSON dit : « Le Sénat fait partie de l'exécutif ». Voyez aussi ELLIOT : *Debates*, vol. IV, p. 121 et FARRAND, *Records*, vol. II¹, 403.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 512.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 289.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 514.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 425.

dantes et non-possédantes, si elle ne s'était pas encore formée, ne tarderait pas à se faire, M. Mason pensait aussi (1) qu'un des objets importants, en établissant le Sénat était de sauvegarder les droits de propriété.

Nous voyons donc que cette thèse a un certain fondement, mais si on a attribué certaines compétences jugées, exécutives et judiciaires, au Sénat, cela tient en général (car il y a aussi des raisons particulières à chacune des compétences) plutôt au sentiment des délégués des petits Etats, qui voyaient là un moyen de raffermir l'influence de leurs Etats dans le futur gouvernement, étant donné leur crainte que l'exécutif ne soit toujours choisi par les grands Etats. Ce qui donne encore plus d'importance à cette dernière interprétation, c'est le fait que la longue durée de pouvoir (de neuf ans jusqu'à une durée permanente) dont la nécessité était soutenue par ceux qui exposaient le rôle social, que devait jouer le Sénat, fut finalement repoussée ; et une durée de six ans fut finalement adoptée, après un premier vote en faveur de 9 ans (2).

Section II

LA SPÉCIALISATION ET LE LÉGISLATIF

En ce qui concerne la question de spécialisation, nous avons déjà vu l'accumulation des compétences

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 428.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 426.

appartenant à des fonctions différentes au Sénat, ce qui s'est fait sans aucune objection de principe de la part des constituants. Ces compétences sont au nombre de trois : l'approbation des nominations de l'exécutif ; la ratification des traités conclus par le Président ; le jugement du procès d'*impeachment*. Le droit d'intenter le procès d'*impeachment* fut donné à la Chambre basse sans aucune discussion (1).

Mais ce qui montre encore mieux, combien peu les constituants se préoccupaient de la question de spécialisation fondée sur une distinction des fonctions (une des bases d'une séparation rigide des pouvoirs) c'est la discussion, qui entoure une des propositions du projet virginien, donnant à la législature nationale la compétence de déclarer nulle toute loi des Etats, contraire à la Constitution et aux traités ; une compétence considérée habituellement comme d'ordre judiciaire. Cette compétence a failli être adoptée après trois considérations et n'a été écartée qu'à cause de son caractère impraticable ; mais dans toute cette discussion, il n'y a eu aucune voix pour faire une objection théorique.

M. Pinckney soutenait cette proposition, en exposant qu'elle était absolument nécessaire pour rendre l'Union efficace, et que sans cela, les Etats pourraient voter des lois contraires aux articles de l'Union, et

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, 231.

que, sous le Gouvernement anglais, cette compétence, exercée par le conseil du roi s'était montrée d'une grande valeur (1). M. Madison était du même avis (2). M. Sherman demandait qu'on définisse d'une façon plus circonspecte les cas où la législature pourrait exercer cette compétence (3). M. Wilson répondait qu'une telle restriction était impossible (4). M. Bedford, défenseur des droits des petits Etats (5) prétendait que c'étaient eux qui seraient les plus désavantagés par une telle mesure. Aussi démontrait-il qu'un tel système n'était pas pratique, car il faudrait suspendre l'application des lois des Etats jusqu'à ce que la législature les ait approuvées, comme étant conformes à la Constitution et aux traités. Si la législature nationale entreprenait une telle tâche, il faudrait qu'elle soit toujours en session et encore qu'elle n'ait pas autre chose à faire car ce travail seul serait plus que suffisant pour prendre tout son temps.

Cette dernière objection d'ordre pratique devait porter un coup mortel à cette proposition à laquelle beaucoup de délégués étaient très attachés. Ses partisans essayèrent à plusieurs reprises de tourner la difficulté par des amendements ingénieux, mais ils n'y réussirent pas.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 164.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 164-165.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 166.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 166.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 167.

M. Madison proposa que ce soit le Sénat seul, qui ait cette compétence, car ce corps était moins nombreux et pourrait être assemblé à tout moment et rester en session continuellement avec moins de dépenses (1).

Au premier vote, l'attribution de cette compétence à la législature nationale fut repoussée par 7 Etats contre 3 Etats (un Etat divisé) (2).

Quand la même proposition fut reprise douze jours plus tard, la discussion se porta de nouveau sur un terrain pratique. M. Lansing (3) s'opposa à la réouverture du débat, en disant que la législature n'aurait pas le temps d'entreprendre une telle tâche et aussi que les membres de la législature ne seraient pas compétents pour apprécier la nécessité des lois votées dans les différents Etats, surtout dans les Etats très éloignés.

Et lorsque cette proposition revint une fois encore en discussion, le 27 juillet, quoique soutenue très chaleureusement par Madison, elle fut rejetée encore à deux reprises, par 7 Etats contre 3 (4) et 6 Etats contre 5 (5).

Ce qu'il faut remarquer dans cette discussion, c'est l'absence de toute objection de principe, appelant

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 168.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 168.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 337.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 28.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 391.

l'attention sur une atteinte flagrante à la règle de spécialisation. La discussion fut empreinte de considérations pratiques, de jeux d'intérêts opposés des Etats, qui sautent aux yeux. Si cette proposition fut rejetée, c'est uniquement pour des raisons pratiques ; ce que Madison, son plus grand avocat, avouait lui-même dans une lettre à John Tyler (1).

Cette discussion est symbolique et typique de tout l'esprit de la Convention. Une discussion philosophique sur la nature des fonctions eût tout à fait répugné à cet esprit, qui envisageait les problèmes au point de vue de leur application réelle et de leur répercussion pratique. D'ailleurs les notions mêmes que les constituants avaient du contenu des fonctions gouvernementales étaient basées sur des distinctions historiques plutôt que scientifiques (2). Et ces distinctions historiques que l'expérience avait tracées n'étaient point arbitraires, ni fixes. L'organisation de chaque département avait été dans chaque Etat, un peu différente et la tendance avait toujours été d'investir chaque département, des compétences qu'il pourrait le mieux exercer de par le caractère de son organisation. Mais seulement, là-dessus, les idées pouvaient changer, et l'on pouvait croire qu'une compétence qu'on avait autrefois, dans une des cons-

(1) *Documentary History of the Constitution*, vol. V, p. 379 ; aussi FARRAND, *Records*, vol. III, p. 459.

(2) BONDY, *The separation of Governmental Powers*, p. 75.

tutions des Etats, attribuée à un des départements, serait mieux exercée par un autre des départements.

Le fait pour le Sénat d'avoir d'autres compétences que celles qu'on appelait législatives, était ouvertement reconnu dans une des propositions, qui fut discutée à la Convention, à propos du journal des deux Chambres. Cette proposition disait en effet : « La Chambre des Représentants et le Sénat, agissant dans *sa capacité législative*, tiendront un journal (1) ».

Aussi faut-il bien se rappeler que la notion de spécialisation stricte ne faisait pas partie de l'interprétation que les Américains donnaient à la « Séparation des Pouvoirs ». Nous verrons cette même attitude reprise à propos du veto de l'exécutif.

Section III

L'INDÉPENDANCE DU LÉGISLATIF

Quant à l'indépendance du législatif, les constituants s'en sont préoccupés d'une façon plus attentive, mais sans avoir nécessairement l'arrière-pensée de « la Séparation des Pouvoirs ». D'abord, ils ont suivi leur propre expérience et leur connaissance de la constitution anglaise en établissant les immunités et les privilèges parlementaires, qui ont eu leur origine

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 254.

dans la lutte entre le législatif et l'exécutif (1), en faisant chaque Chambre juge des élections de ses membres (2), en donnant à chaque Chambre le droit de faire son propre règlement (3) et à la Chambre basse, le droit de choisir son président (4). Aussi, la session ordinaire des Chambres fut fixée par la Constitution (5).

Une proposition ayant pour but d'assurer l'indépendance du législatif contre l'influence corruptrice que pourrait exercer l'exécutif, était celle, qui rendait les membres du législatif inéligibles aux hautes fonctions administratives ou exécutives pendant la période, pour laquelle ils avaient été élus (et un an après) (6). La pensée dictant cette proposition était d'enlever à l'exécutif un instrument puissant d'influence, qu'il pourrait exercer sur les législateurs, en leur promettant des places dans l'administration. Cette pratique avait été la source de beaucoup de corruptions en Angleterre sous George III, où la Couronne désarmait les meilleurs hommes du Parlement, en les appelant au Ministère.

Après un premier vote favorable, cette proposition.

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 254.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 254.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 254.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 231.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 135.

(6) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 213.

revint en discussion (1). M. Ghorum demanda qu'on l'écarte comme inutile et dangereuse. Il disait qu'en Angleterre, la nomination des législateurs aux fonctions administratives était un moyen nécessaire pour maintenir l'influence de la Couronne. Sans cela, le législatif eût tout emporté (2). M. Butler soutenait la proposition en disant que c'était une précaution contre l'intrigue et contre une corruption qui pouvait ruiner un gouvernement (3). M. King avait peur qu'on n'écarte ainsi des hommes de mérite des hautes fonctions civiles et militaires où on avait besoin d'eux (4). M. Wilson (5) était du même avis que M. King ; il rappelait qu'une telle proposition pourrait rendre les meilleurs chefs inéligibles s'ils étaient membres de la législature, ce qui aurait été le cas pour Washington pendant la guerre d'Indépendance. Cette fois-ci, les voix furent divisées, quatre Etats contre quatre (les voix des trois autres Etats étant partagées, ne comptèrent pas (6).

Le lendemain la discussion fut reprise. M. Madison proposa l'amendement suivant : « que les membres de la première branche seulement de la législature soient

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 375.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 376.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 376.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 376.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 376.

(6) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 377.

inéligibles pendant la période pour laquelle ils ont été élus et un an après, mais cette inéligibilité s'étendra seulement aux emplois qui ont été établis ou dont le traitement a été augmenté pendant le temps où ils étaient députés » (1). M. King prétendit que cette proposition était chimérique, car elle n'éviterait pas la corruption. Rien n'empêcherait un député de procurer une nomination à un parent ou à un ami (2). M. Sherman démontrait aussi qu'il y aurait des détours pour se soustraire à cette restriction. Il donnait l'exemple de la création d'une nouvelle ambassade à laquelle, on transférerait un ambassadeur en fonction pour rendre vacante l'ancienne ambassade, à laquelle on pourrait nommer le législateur en question (3). M. Madison admit la force de ces objections, mais il maintint sa proposition comme une mesure de compromis entre une inéligibilité complète et l'absence de toute restriction (4). Mais si la proposition de Madison fut repoussée tout de même (8 contre 2) (5).

Le 1^{er} septembre, le comité des onze proposa une nouvelle résolution : « Les membres de chaque Chambre seraient inéligibles à toute fonction civile sous l'autorité des Etats-Unis, pendant la période pour la-

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 386.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 387.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 388.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 388.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 390.

quelle, ils ont été élus et aucun fonctionnaire des Etats-Unis ne pourra être membre de la législature s'il garde son emploi administratif (1). Quand la discussion s'ouvrit, M. Pinckney présenta l'amendement suivant : « Les membres de chaque Chambre seront incapables d'avoir un emploi sous l'autorité du gouvernement des Etats-Unis, pour lequel ils recevraient un traitement et l'acceptation d'un tel emploi équivaldrait automatiquement à une démission de la législature » (2). Il était opposé à une inéligibilité et voulait limiter la restriction à une simple incompatibilité. Cet amendement fut rejeté (3) et on continua la discussion.

M. King voulut limiter l'inéligibilité des législateurs aux emplois créés pendant la période pour laquelle ils étaient élus (4). M. Sherman était partisan d'une inéligibilité complète car autrement, disait-il, l'exécutif aurait trop d'influence sur les législateurs. Au moins fallait-il une inéligibilité pour les emplois dont le traitement a été augmenté (5). M. G. Morris affirmait au contraire que c'est l'inéligibilité elle-même qui augmenterait trop l'influence de l'exécutif. Car ainsi il pourrait nommer les amis et les parents des

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 484.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 489-490.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 490.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 490.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 490.

législateurs et se réserver les services et les votes de ces derniers. Tandis que la nomination des législateurs lui enlèverait un tel avantage (1). M. Gerry pensait que l'éligibilité des législateurs aurait pour effet de faire disperser les bons fonctionnaires pour faire place aux membres du corps législatif (2). M. Gorham croyait que sans l'amendement de M. King, on irait plus loin que l'on n'est allé dans les Gouvernements des Etats et qu'au contraire de ce que disait M. Gerry l'éligibilité aux hauts emplois administratifs et exécutifs attirerait des hommes de mérite dans la législature (3). D'ailleurs, l'expérience des Etats particuliers avait prouvé que là où il n'y avait aucune éligibilité, elle n'était point nécessaire. M. Mason lui répondit qu'au lieu d'attirer des hommes de mérite, l'éligibilité attirerait à la législature, ceux qui chercheraient simplement à se procurer de hautes places administratives ou exécutives (4).

L'amendement de M. King fut rejeté (5), mais un autre amendement proposé par M. Williamson et conçu dans la formule suivante fut adopté : « Les membres de chaque Chambre seront inéligibles à tout emploi civil (sous l'autorité du gouvernement des

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 491.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 491.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 491.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 491.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 492.

Etats-Unis) créé ou dont le traitement aura été augmenté pendant le temps pour lequel ils auront été élus. Et aucune personne remplissant une telle fonction, ne sera membre de l'une ou de l'autre des Chambres, si elle reste en fonction (1) ».

Parmi ses multiples applications, cette clause oblige formellement un député ou un sénateur qui devient ministre, de donner sa démission comme membre du corps législatif, et oblige un fonctionnaire, qui est élu député ou sénateur de résigner ses fonctions administratives, exécutives ou judiciaires.

Les constituants donnèrent d'autres compétences à la législature qui, bien qu'elles ne lui soient pas toujours attribuées avec ce but précis, peuvent être employées par les Chambres comme moyens d'action pour défendre leur indépendance. Tel est par exemple le droit d'intenter les procès d'*impeachment* que possède la Chambre basse (2); et aussi le droit de juger ces procès qu'on attribue au Sénat (3). Dans la même catégorie, on pourrait mettre le droit de la législature de changer l'organisation judiciaire en modifiant, soit le nombre des juges, soit le nombre des tribunaux (4). Dans un cas extrêmement grave, le Con-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 492.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 231.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 592.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 575.

grès pourrait ajouter assez de juges pour faire annuler une décision de la Cour Suprême (1).

Si nous voulons entrevoir la complexité et la multiplicité des mobiles, qui dirigeaient les constituants, nous pourrions prendre comme un exemple typique, l'attribution au Sénat de la compétence de juger les procès d'*impeachment*. En allant au fond des choses, nous verrons que la vraie cause de cette attribution est loin d'être simple et unitaire ; d'une part, (une raison que nous avons déjà indiquée) ; le désir des petits Etats de raffermir autant que possible l'organe où ils allaient avoir l'égalité de représentation (donc pour eux une question d'intérêt) ; d'autre part, la pensée des constituants que l'organisation du Sénat convient le mieux à l'exercice de cette compétence (donc question de bonne organisation pratique (2), et en troisième lieu, l'intention chez les constituants d'attribuer ainsi au Sénat un moyen de protéger sa propre indépendance et celle de la

(1) « C'est à ce moyen, singulièrement compromettant pour l'administration régulière de la justice, qu'on fit appel à la suite du fameux arrêt de 1869 dans le Hepburn case Wallace 603, qui déclarait que le Congrès n'avait pas autorité constitutionnelle pour donner cours forcé au papier monnaie de la Fédération. C'est en portant le nombre de la Cour de 7 à 9 qu'on obtint le revirement de jurisprudence affirmé en 1884 par le Legal Tender Cases » (12 Wallace 457). LAMBERT, *Gouvernement des Juges*, p. 88, note 3.

(2) *Le Fédéraliste*, p. 543. « La Convention, semble-t-il, a pensé que le Sénat serait le dépositaire le mieux qualifié pour cette importante fonction ».

Chambre contre l'exécutif et contre le judiciaire.

Aussi, ne faut-il pas mentionner le modèle auquel a été empruntée l'idée de cette institution. « Dans la Grande-Bretagne, c'est l'attribut de la Chambre des Communes de déclarer l'*empeachment* ; c'est ensuite à la Chambre des Lords à le juger. Quelques-unes des Constitutions d'États ont suivi cet exemple. Celles-ci comme celles-là, semblent avoir envisagé l'usage des *impeachment* comme un frein mis dans les mains du Corps législatif pour contenir les agents exécutifs du gouvernement » (1).

Mais, parmi toutes ces causes, on ne voit nullement poser la question de la nature de la compétence ou de la catégorie à laquelle elle appartient.

Cet enchevêtrement nous fait saisir le caractère compliqué de la réalité en ce qui concerne la formation d'une constitution, même quand on se limite à l'aspect politique, en écartant momentanément les considérations économiques ou sociales qui, en fait, n'en sont jamais détachées. Aussi, cet enchevêtrement nous fait voir les hésitations que nous devons avoir à nous fier aux explications logiques et unitaires, qui sont souvent données dans la forme d'une théorie symétrique. Ces constructions sont, dans la plupart des cas, postérieures à la formation de la constitution et bien qu'elles donnent une interprétation plausible

(1) *Le Fédéraliste*, p. 544, trad. Jèze.

de la constitution, elles ne fournissent nullement les vraies raisons ou influences qui ont modelé le travail des constituants. Elles ont sans doute une certaine fonction dans le droit (sans compter la satisfaction intellectuelle pour ceux qui les forment) ; le fait même qu'elles existent en est la preuve mais la grande erreur serait de les confondre avec les réalités, qui ont servi comme forces agissantes sur le travail de la convention.

CHAPITRE III

L'EXÉCUTIF ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Section I

L'ÉLECTION ET L'INDÉPENDANCE DE L'EXÉCUTIF

En suivant les débats de la Convention, on voit que ce fut peu à peu, par une lente évolution des esprits, que les constituants arrivèrent à l'idée d'un exécutif, fort et indépendant, tel qu'il devait être finalement établi. D'ailleurs, en raison des conceptions extrémistes, cette matière fut réglée, seulement dans les derniers jours de la Convention, après de multiples discussions préliminaires.

D'une part, M. Sherman soumit à la Convention et soutint avec la plus grande hardiesse la conception de l'exécutif, agent de la législature. L'Exécutif devait être d'après lui, uniquement considéré « comme une institution destinée à faire exécuter la volonté de la législature ; la personne ou les personnes qui constitueraient l'exécutif devaient être nommées par la législature et responsables devant la législature seule, qui est la dépositaire de la volonté suprême de la

société » (1). Il voulait que, l'exécutif étant l'agent de la législature, la législature puisse librement décider de l'organisation qu'il convenait de donner à cet agent afin que ses propres volontés fussent fidèlement réalisées ; la législature devant donc statuer sur le nombre de membres que comprendrait son organe exécutif. Pour lui, « l'indépendance de l'exécutif vis-à-vis du législatif est la définition même de la tyrannie » (2).

Le projet virginien prévoyait aussi l'élection de l'exécutif par le Congrès sans faire allusion au nombre d'individus qui devaient le composer (3). Dans la proposition de l'État de New-Jersey, le caractère d'agent du législatif, qu'il entendait lui donner, se traduisait, par le fait que cet exécutif devait se composer de plusieurs membres et qu'il devait être nommé par le Congrès, qui pouvait aussi le révoquer sur la demande d'une majorité des chefs de l'exécutif des États (4).

D'autre part, Hamilton soutint le projet d'un président unique, désigné par des électeurs au second degré et qui devait rester en fonction tant qu'il conserverait une bonne conduite (5). Bien qu'aucune de

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 65.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 68.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 21.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 241.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 289-280.

ces deux solutions extrémistes ne fût adoptée, l'exécutif établi par les constituants se rapproche davantage de la conception de Hamilton, que de celle de Sherman. Mais au début, le contraire semblait plus probable.

Cette évolution des constituants à l'égard de l'exécutif se révéla au sujet du mode d'élection.

Quand le projet virginien, qui prévoyait l'élection par la législature, vint en discussion devant la Convention. M. Wilson proposa d'y substituer une élection nationale et populaire, avec des circonscriptions spéciales, pour assurer l'indépendance de l'exécutif vis-à-vis du législatif et des États (1). M. Mason approuvait cette idée ; seulement il la trouvait *non-pratique* (2). M. Rutledge suggéra l'élection par le Sénat seul (3). M. Gerry était vivement opposé à une élection par la législature nationale, car il craignait des intrigues et des marchandages entre les candidats et la législature (4). Il approuvait en principe, l'idée de M. Wilson, seulement il craignait que les partisans des droits des petits Etats n'y soient une nouvelle tentative d'établir un gouvernement fortement centralisé, et de renverser les gouvernements des États, si l'élection ne dépendait pas d'eux dans une certaine me-

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 69.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 69.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 69.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 80.

sure au moins. Alors il proposa plusieurs amendements au projet de M. Wilson ; que l'élection soit indirecte et à deux degrés, car le peuple ne serait pas renseigné sur le caractère des candidats et serait dirigé par l'action d'un petit groupe (1) ; que l'on compte les voix des électeurs dans une élection indirecte par Etat, au lieu de faire des circonscriptions spéciales, et que les législateurs des Etats désignent les candidats, parmi lesquels, les électeurs du deuxième degré auraient à choisir (2). M. Williamson ne voyait aucun avantage à substituer des électeurs choisis par le peuple aux législateurs des Etats, comme électeurs au deuxième degré ; pour lui ce n'était qu'une dépense supplémentaire et une perte de temps (3). La proposition de M. Wilson fut rejetée (8 États contre 2) et la proposition pour l'élection par la législature nationale fut adoptée (4).

Le 9 juin, la discussion s'ouvrit de nouveau sur cette question. M. Gerry proposa que l'exécutif soit élu par les exécutifs des États particuliers, dont les voix seraient comptées comme au Sénat ; il faisait prévaloir qu'une élection par la législature nationale serait nuisible à l'indépendance de l'exécutif et donne-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 57.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 80.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 81.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 81.

rait lieu à des intrigues et à des ententes préalables (1). M. Randolph s'opposa très fortement à ce mode d'élection par les exécutifs des États. Il trouvait que l'exécutif national n'aurait pas ainsi la confiance du peuple et que les petits États perdraient toute occasion de faire élire un candidat, parmi eux, et aussi que les exécutifs des États, étant en fait subordonnés aux législatures de leur État, seraient guidés par celles-ci dans leur choix pour porter leurs voix sur un « fils favori » de l'État ou sur quelqu'un, qui serait enclin à servir les intérêts de leur État. Il pensait qu'un exécutif choisi ainsi, ne serait pas apte à défendre l'intérêt national, contre les intérêts des États (2). Quand la proposition fut mise au vote, elle fut repoussée (9 contre 0) (3).

On revint à ce problème le 17 juillet. M. G. Morris proposa de nouveau une élection, indirecte et populaire. Il estima qu'une élection par la législature nationale ferait de l'exécutif la créature de celle-ci, d'autant plus qu'une branche de la législature serait compétente pour intenter le procès d'*impeachment* contre lui et que l'autre le jugerait (4). Il admit qu'il y aurait des difficultés attachées à une élection populaire, mais il croyait qu'on pourrait les surmonter.

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 75.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 176.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 176.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 29.

M. Sherman considérait, que le choix de la nation serait mieux exprimé par la législature que par le peuple ; car ce dernier ne serait pas assez renseigné sur le caractère des candidats et ne pourrait jamais réunir une majorité. Le peuple voterait pour un habitant de son propre Etat, et le plus grand Etat aurait le plus d'occasions de procurer la nomination à l'un de ses habitants. Mais si le choix devait être fait par la législature, on pourrait rendre la majorité absolue nécessaire à une élection (1). M. Wilson suggéra que si dans l'élection populaire indirecte, aucun candidat ne réunissait la majorité absolue des voix, on pourrait référer l'élection à la législature. Ainsi dans ces cas, les électeurs auraient au moins choisi les candidats ; il s'opposait à une élection immédiate par la législature, car l'exécutif serait trop dépendant pour pouvoir agir, en médiateur entre « les intrigues des représentants et les libertés et les intérêts généraux du peuple » (2).

M. Pinckney soutenait qu'une élection populaire serait menée par quelques hommes entreprenants et intrigants. Les États les plus populeux, en se groupant, pourraient toujours choisir le Chef de l'État (3).

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 29.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 30.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 30.

M. G. Morris lui répondait que c'était plutôt dans une élection par la législature que les grands États pourraient se consolider, pour faire élire celui qui leur plairait, car il serait plus facile de faire aboutir une telle combinaison, dans une Assemblée législative ; impossible dans une élection s'étendant sur tout un continent. Il conclut avec les mots suivants qui forment un contraste frappant avec la citation, où Sherman définissait la tyrannie, comme l'indépendance de l'exécutif : « Si l'exécutif est choisi par la législature nationale, il ne sera pas indépendant vis-à-vis d'elle ; et s'il n'en est pas indépendant, l'usurpation et la tyrannie de la part de la législature seront les conséquences » (1).

M. Mason rappela à l'Assemblée qu'il fallait se placer sur un terrain pratique, si on voulait construire un gouvernement durable. Il estimait que donner au peuple le choix du Chef de l'État, était aussi pratique que de laisser un aveugle juge d'une couleur. Etant donné l'étendue du pays, le peuple serait incapable de juger les mérites des candidats (2). M. Williamson appuyait cette thèse et ajoutait que l'exécutif ne serait pas dépendant du législatif car il ne serait pas rééligible et son traitement serait fixé d'avance (3). Mise au vote, l'élection populaire fut rejetée (9 contre

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 31.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 31.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 32.

1) (1). Immédiatement, M. Martin proposa que l'exécutif soit choisi, par des électeurs nommés par les législatures des Etats ; mais cette proposition fut aussitôt repoussée (8 contre 2) (2) et une proposition prévoyant l'élection par la législature fut adoptée à l'unanimité (3).

Une semaine plus tard, cependant, on reprend la question en arrivant au problème de la rééligibilité de l'exécutif. M. Gerry, considérait qu'il faudrait rendre l'exécutif non rééligible afin qu'il soit indépendant de la législature (4). M. Strong n'en voyait pas la nécessité, car la composition de la législature aurait changé au moment de la deuxième élection (5). M. Williamson soutenait que la non-rééligibilité empêcherait seule l'établissement d'une monarchie. Grâce à cette précaution, la durée de pouvoir pourrait être plus longue que celle proposée (7 ans) ; lui-même irait jusqu'à dix ou douze ans (6). M. King lui répondit qu'étant donné l'existence du procès d'*impeachment* ce danger de la monarchie serait écarté, et qu'il valait mieux que l'exécutif soit rééligible pour que la nation puisse profiter de l'expérience qu'il aurait acquise (7).

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 32.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 32.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 32.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 100.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 100.

(6) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 101.

(7) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 102.

La discussion allait de plus en plus en s'embrouillant. On proposa que l'exécutif reste en pouvoir : onze, quinze et vingt ans (1) ; lorsque M. Wilson intervint pour démontrer que toute la difficulté à propos de la rééligibilité et la durée de pouvoir provenait du mode d'élection. Il conseilla alors que l'exécutif soit élu, par quinze législateurs choisis au sort, qui procéderaient immédiatement à l'élection. Ainsi l'intrigue serait écartée et la dépendance de l'exécutif serait diminuée (2). Mais la discussion semblait s'égarer et on ajourna la solution de ce problème (3).

Pendant les deux jours suivants (le 25 et le 26 juillet) le débat porta sur cette question. M. Gerry, proposa l'élection de l'exécutif par les exécutifs des États. M. Madison démontrait qu'il y avait des objections à toutes les solutions proposées, mais que l'élection populaire et indirecte était la moins critiquable. Il admettait que la plus grande opposition à ce mode d'élection venait des Etats du Sud, qui avaient moins d'habitants ; mais seulement leur population augmenterait ; et d'ailleurs il estimait que les intérêts particuliers devaient céder à l'intérêt général (4). M. Williamson avouait aussi que les petits Etats étaient les plus acharnés dans leur opposition à une élection

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 102.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 103.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 106.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 109-111.

populaire. Alors il suggéra que chaque électeur vote pour *trois* candidats dont deux devaient être habitants d'un autre État (1). M. G. Morris demanda qu'on vote pour *deux* candidats dont un ne serait pas habitant de l'État (2). M. Madison pensait que cette suggestion pourrait être très utile, mais la seule objection était la possibilité que l'électeur, après avoir donné son premier vote à un habitant de son État, gaspillerait le deuxième en le donnant à un habitant peu connu d'un autre Etat, pour assurer l'objet de son premier choix. Ce raisonnement paraissait un peu trop raffiné ; en réalité, le deuxième vote serait donné avec sincérité. Pour apaiser davantage les petits États, on pouvait rendre un habitant du même Etat, éligible seulement un certain nombre de fois pendant un certain nombre d'années (3).

Malgré tous ces efforts pour rallier les petits Etats, il y avait encore une forte opposition contre l'élection populaire. M. Gerry affirmait qu'étant donné l'ignorance du peuple, un groupe d'hommes fortement organisés, comme la société de Cincinnati, (les anciens officiers de l'armée révolutionnaire) pourrait facilement diriger l'élection (4). M. Mason, dans un long discours, fit un résumé des sept modes d'élection pro-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 113.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 113.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 114.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 114.

posés et soutint que c'était encore l'élection par la législature qui était la moins répréhensible (1). Le vote fut favorable à sa résolution (7 contre 3), qui prévoyait que l'exécutif, composé d'une seule personne, soit élu par la législature nationale pour sept ans, sans possibilité de réélection (2).

Mais tous ces votes répétés, favorisant l'élection par la législature nationale n'empêchèrent point le comité des onze, en faisant son rapport le 4 septembre, de recommander l'élection populaire indirecte (3). Ce rapport prévoyait que le Président et le Vice-Président seraient élus pour quatre ans et de la façon suivante ; chaque État nommerait (par un mode d'élection indiqué par sa législature) un nombre d'électeurs égal au nombre entier de Sénateurs et de Députés auquel cet État avait droit ; chaque électeur voterait pour deux personnes, l'un des deux ne pouvant pas être un habitant de son état. Celui qui aurait le plus grand nombre de voix, s'il avait la majorité, serait président. Si deux candidats avaient une majorité et un nombre égal de voix, le Sénat choisirait entre eux. Si aucun candidat n'avait une majorité, le Sénat choisirait parmi les cinq premiers. Dans tous ces cas, celui

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 119.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 120. Voyez aussi la résolution p. 121.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 497.

ayant le plus grand nombre de voix après le Président serait Vice-Président (1).

En présentant ce rapport, M. G. Morris exposa d'une façon systématique, les raisons du changement proposé, après les votes émis par la Convention (2) :

1^o le danger d'intrigue et de faction si le choix était fait par la législature ;

2^o l'inconvénient de la non rééligibilité qui devenait nécessaire, si le choix était fait par la législature ;

3^o la difficulté d'établir une cour d'*impeachment* autre que le Sénat, car celui-ci ne serait plus apte à juger et l'autre branche ne serait plus apte à intenter le procès d'*impeachment*, ils devaient prendre part à l'élection ;

4^o la nécessité impérieuse de rendre l'exécutif indépendant de la législature.

M. Mason et M. Pinckney firent la même objection à ce rapport, à savoir que *dans la plupart des cas*, le Sénat, qui pourrait être son juge dans un procès d'*impeachment* choisirait en fait le Président (3). M. Wilson proposa que ce soit la législature entière qui choisisse au cas où il n'y aurait pas de majorité (4). M. Randolph et M. Rutledge étaient aussi opposés à l'élection éventuelle par le Sénat.

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 498.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 500.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 501.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 502.

Dans toute cette discussion, on aperçoit constamment les signes du conflit, entre les grands et les petits États ; questions d'intérêts qui sont cachées quelquefois par des raisonnements d'apparence désintéressée ; et à d'autres moments, ce conflit se déroule ouvertement devant nos yeux. Ainsi M. Sherman rappela aux constituants que si le mode d'élection proposé par le Comité donnait l'avantage aux petits États, du fait que le Sénat devait choisir parmi les cinq premiers candidats, ce seraient les grands États qui auraient en fait désigné ces cinq candidats (1). M. Madison faisait prévaloir que les grands États essaieraient de faire aboutir l'élection de première instance pour que le choix ne soit pas porté au Sénat, ce qu'ils ne feraient pas si l'on attribuait l'élection éventuelle à la législature entière (2). M. Wilson affirmait qu'après de sérieuses réflexions sur le rapport du comité et après son rapprochement avec les autres parties de la constitution il était obligé de voir dans l'ensemble une tendance dangereuse vers l'aristocratie, du fait qu'on mettait tant de puissance dans le Sénat ; l'élection du Président amènerait en fait, la nomination de tous les hauts fonctionnaires, uniquement par le Sénat. Puis on lui attribuait la ratification des traités ; on faisait de lui un tribunal pour juger tous les procès

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 512-513.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 513.

d'*impeachment* ; ainsi on aboutissait à « un mélange de tous les pouvoirs dans une seule branche du gouvernement ». Le Président serait sa créature (1). M. Hamilton suggéra qu'une pluralité, au lieu d'une majorité, suffise pour l'élection, afin d'éviter qu'on porte le choix devant le Sénat (2). M. Sherman demanda alors que ce soit la Chambre basse qui choisisse le Président dans le cas où il n'y aurait pas de majorité. Mais pour maintenir l'égalité de vote (ce qui était nécessaire pour obtenir le concours des petits Etats) chaque Etat n'aurait qu'une seule voix, quel que soit le nombre de ses députés (3). Le Vice-Président serait toujours choisi par le Sénat dans ce cas. Cette proposition fut finalement adoptée (8 contre 3) (4) et allait former la base de la clause qu'on trouve dans la Constitution (5).

Nous voyons ainsi, en entrant dans les détails de cette discussion sur l'élection de l'exécutif, quelle place y tiennent les considérations d'ordre pratique ; quel rôle y joue le conflit d'intérêts entre les grands et les petits Etats. Mais nous n'entendons point, sauf dans une allusion indirecte et rapide de la part de M. Wilson, l'invocation de la « Séparation des Pou-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 523.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 524.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 527.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 527.

(5) Art. II. Sect. I de la Constitution

voirs ». Quel contraste avec les débats de l'Assemblée Constituante de 1789 où on entendait le nom de cette théorie à chaque moment !

Mais l'absence de la mention de cette théorie dans les discussions, n'empêche point que les raisons pratiques n'aient amené les constituants, comme nous l'avons déjà vu, à considérer l'indépendance de l'exécutif comme indispensable au bon fonctionnement d'un gouvernement, tel qu'ils voulaient l'établir. Et la convention continue à raffermir cette indépendance, mais toujours à la lumière des raisons d'organisation pratique, tempérées par les atténuations nécessaires pour concilier les intérêts opposés des Etats. Ainsi on décida que les membres de la législature nationale ne pourraient pas être électeurs (au deuxième degré) dans la nomination du Président (1). C'est aussi pour renforcer l'indépendance de l'exécutif que la Convention refuse d'établir *un conseil de six membres qui serait élu par la législature ou par le Sénat seul* et qui devrait participer aux compétences de l'exécutif (2).

Quelques jours auparavant, M. Mercer avait proposé que l'on établît un conseil et même que l'exécutif choisît les membres de ce conseil parmi les membres des deux Chambres (3). Il avait prétendu que c'était là la seule façon de rendre l'exécutif assez fort, car

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 69 et p. 521.

(2) FARRAND. *Records*, vol. II, p. 542.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 285.

ainsi il disposerait de l'influence sur la législature. Mais la Convention pensait que c'était là le moyen le plus sûr d'affaiblir l'exécutif. L'une ou l'autre de ces propositions (l'élection du conseil par la législature ou la nomination du conseil parmi les législateurs) si elle avait été adoptée, aurait pu, en fait, évoluer peut-être vers une certaine espèce de régime parlementaire.

Dans la discussion sur le procès d'*impeachment*, cette même préoccupation d'indépendance reparut aussi. M. G. Morris affirmait que l'existence de l'*impeachment* rendrait l'exécutif dépendant de celui qui aurait la compétence pour cette procédure. (1). M. King et M. Pinckney prétendaient aussi que l'existence d'*impeachment* détruirait l'indépendance de l'exécutif (2). Ce fut sous l'influence des arguments de Madison qui soutenait qu'il était indispensable de défendre la nation contre l'incapacité, la négligence ou la perfidie de l'exécutif (3) qu'on l'établit et encore en limitant son champ d'application aux cas de trahison et de hauts crimes. Ainsi devant les Chambres on institua une responsabilité pénale très circonscrite, mais point de responsabilité politique envers les deux chambres ; ni pour le Président ni pour les Chefs des départements administratifs ; la durée de leurs pou-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 64.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 64.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 65.

voirs est fixée par la constitution elle-même. De plus, on décida que le Président recevrait, pour ses services, une indemnité, qui ne pourrait être ni augmentée ni diminuée pendant toute la période pour laquelle il aura été élu (1).

Section II

LA SPÉCIALISATION ET L'EXÉCUTIF

Il semble bien que la majorité des constituants se soient préoccupés fort peu de la question de spécialisation de l'exécutif. Les considérations pratiques d'une bonne organisation gouvernementale, dirigent pour la grande part (ici comme ailleurs) l'attribution à l'exécutif des compétences, qui sont considérées plutôt législatives ou judiciaires. Aussi on donne au Président le droit de convoquer une session extraordinaire de la législature. On lui attribue le droit de suspension, de commutation de peines et le droit de grâce pour les délits contre l'Etat fédéral, sauf en cas d'*impeachment* de l'accusé. A ce propos, on pourrait rappeler que dans l'Assemblée Constituante on soutenait « que maintenir, au profit du roi, l'ancien droit de grâce, c'est violer le principe le plus certain de la constitution, c'est permettre au roi de suspendre l'exécution de la loi et d'empiéter sur le domaine du pouvoir judiciaire ».

(1) La Constitution : Art. II, sect. I.

Dans la discussion sur le droit de grâce, il y a eu un discours de M. King, qui nous renseigne un peu plus sur la notion des fonctions, qui régnait à la convention. On avait proposé de donner le droit de grâce en cas de trahison à la législature. M. King protesta en disant qu'il « ne serait pas conforme à la Séparation des Pouvoirs exécutif et législatif d'attribuer cette compétence à la législature ». Et puis il donne la raison ; car, dit-il, « la législature n'est pas capable d'exercer cette compétence. Elle se laisse trop gouverner par les passions du moment. En Massachusetts, une législature aurait voulu faire pendre tous les insurgés ; la législature suivante aurait été prête à les amnistier tous (1) ». Et puis il ajoute (*ce qui démontre encore davantage que la distinction des fonctions, qu'il est en train de tracer, est basée uniquement sur la préoccupation d'une bonne organisation gouvernementale et non pas sur la nature intrinsèque de la compétence*) qu'il « serait utile que le Sénat soit associé au Président dans l'exercice du droit de grâce.

En plus, en ce qui concerne l'œuvre législative, on donne au Président le droit de message, c'est-à-dire le droit de recommander au Congrès telles lois qu'il croit nécessaires et opportunes (2). Puis on institua un Vice-Président qui fait partie en somme, du départe-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 404-405.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 146 et 405.

ment exécutif, comme Président du Sénat, avec un droit de vote dans les cas où les voix seraient partagées ; malgré les objections de plusieurs constituants, qui y voyaient « un empiètement sur les droits du Sénat (1) » ou « un trop grand mélange du législatif et de l'exécutif » (2) ou encore « la destruction de l'indépendance du législatif (3) ». Et ici, de nouveau, nous trouvons des raisons d'ordre pratique qui dirigent l'œuvre des constituants. On établit la vice-présidence (comme nous expliquent M. Williamson et M. Dayton) uniquement à cause du mode d'élection du président, qui demande que deux candidats soient choisis en même temps, pour que les électeurs de chaque Etat puissent voter pour deux candidats, l'un d'eux devant habiter un autre Etat (4). Et puis on lui donne la présidence du Sénat *pour* qu'il ne soit pas sans emploi (5). Nous devons souligner combien toute cette façon de faire est typique de l'esprit de la Convention fédérale et loin de l'atmosphère qui devait régner dans l'Assemblée Constituante de 1789, en France.

Nous arrivons, en ce qui concerne l'exécutif, à la question, qui après celle de son élection, a soulevé le plus de discussions — le veto de l'exécutif. « Tout

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 537.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 537.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 635-639 et aussi v. II 537.

(4) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 399.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, 537 et aussi v. II, 639.

droit de veto accordé au pouvoir exécutif paraît absolument contraire au principe de la Séparation des Pouvoirs ». C'est en effet ce que Sieyès disait à l'Assemblée Constituante avec une grande force de logique (1). « Et le roi ne doit point entrer dans la formation de la loi comme partie intégrante et le droit d'empêcher n'est point différent du droit de faire » (2). Cooley, un auteur américain dit aussi : « Par le veto, le Président est en effet, une troisième branche de la législature. Ce pouvoir, à la vérité, est législatif, non exécutif (et les questions qui se présentent au Président sont précisément celles que se posent les deux Chambres lorsqu'elles ont à examiner un « bill ». La loi est-elle nécessaire ou opportune ? Est-elle constitutionnelle ? Est-elle de nature à atteindre son but. Telles sont les questions qui se posent au président et aux deux Chambres, relativement au bill (3) ».

Ce qu'il faut remarquer dans la discussion sur le veto, à la Convention, c'est que non seulement, on n'hésite pas à l'attribuer à l'exécutif et encore par un vote unanime (4), mais aussi que, pendant très longtemps, il s'agit d'associer les juges à l'exécutif

(1) ESMEIN, *Eléments du Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 478.

(2) DUGUIT, *La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante*, p. 36.

(3) COOLEY, *General Principles of Constitutional Law of the United States*, Boston 1880, chap. III.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 80.

pour former « un conseil de révision », dans l'exercice de ce veto. Cette proposition fut présentée trois fois devant la Convention et une fois, elle fut repoussée par une seule voix. Dans cette discussion, nous trouvons encore des indices des conceptions qu'avaient les constituants sur « la Séparation des Pouvoirs ».

Quand cette proposition fut présentée pour la première fois, elle faisait partie du projet virginien (1). M. Gerry s'opposa à ce que le judiciaire soit associé au veto, car, disait-il « le judiciaire possèdera un frein suffisant contre les empiètements dans son domaine par sa compétence de décider de la constitutionnalité des lois (2). M. King considérait que cette association dans l'exercice du veto empêcherait les juges d'être impartiaux plus tard dans leur jugement de la constitutionnalité de la loi (3). Et la proposition fut rejetée (6 contre 4) (4) pour attribuer le veto à l'exécutif seul.

Mais le 6 juin, M. Wilson demanda à nouveau la prise en considération de cette proposition, affirmant qu'il serait utile de renforcer l'exécutif par le judiciaire dans l'exercice du veto (5). M. Madison soutenait qu'une telle association serait le seul moyen de permettre à l'exécutif et au judiciaire de se défendre,

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 22.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 97.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 98.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 98.

(5) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 138.

contre les empiètements du législatif. De plus il disait « qu'il n'y aurait en vérité, aucun mélange anormal des pouvoirs dans ce cas. En Angleterre, l'exécutif avait un veto absolu sur les lois et le tribunal suprême (la Chambre des Lords) formait une des branches de la législature (1) ». M. Dickinson constatait qu'une telle association au veto détruirait la responsabilité de l'exécutif (2). Et pour une deuxième fois, la proposition fut rejetée (3).

C'est toujours M. Wilson qui présenta cette proposition à un troisième débat, qui fut beaucoup plus animé que les deux précédents. Il disait que, bien que cette proposition eût déjà été repoussée à deux reprises, il en sentait tellement la nécessité et l'utilité qu'il croyait de son devoir de faire encore un effort. D'après lui, le judiciaire devait avoir un moyen d'empêcher les empiètements du législatif. Il y aurait des lois qui pourraient être injustes et dangereuses, même destructives sans être inconstitutionnelles, pour que les juges puissent refuser de les appliquer pour cette raison-là (4). M. Madison, toujours grand partisan de cette proposition, maintenait que l'expérience des Etats démontrait que le grand danger provenait d'une tendance puissante du « législatif » à tout absorber ;

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 138.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 140.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 140.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 73.

que le concours du judiciaire donnerait à l'exécutif, la confiance et la fermeté nécessaires dans l'exercice du veto. Ainsi par ce moyen, les lois auraient tendance à être mieux faites (1). M. Gerry prétendait qu'une telle mesure transformerait les juges en hommes politiques ou en hommes d'Etat et ferait des législateurs de ceux qui doivent interpréter la loi (2). M. G. Morris croyait aussi que le grand danger viendrait des usurpations législatives (3). M. Martin demandait de quelle façon et dans quelle proportion on pourrait organiser cette participation du judiciaire (4). M. Madison en répondant à M. Gerry affirmait qu'au lieu d'une dérogation au principe d'après lequel les trois départements devraient être séparés et distincts, c'était une précaution auxiliaire en faveur de ce principe. « L'expérience avait démontré qu'une séparation sur le papier n'avait aucune valeur ; qu'il fallait introduire un équilibre de pouvoirs et d'intérêts pour garantir les clauses sur le papier ». Ainsi il fallait donner à chaque département un moyen de défense contre les autres. En faisant cela, on ne mélangeait pas les départements ; ce qu'on faisait, c'était ériger des barrières pour les tenir séparés. L'exemple le plus connu de cette théorie se trouvait dans la constitution anglaise. Là, il n'était

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 74.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 75.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 76.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 77.

pas seulement dans la pratique d'admettre les juges à un siège dans la législature et dans les conseils exécutifs, et de leur soumettre, pour examen préalable, toutes les lois d'une certaine espèce, mais c'était aussi une stipulation de la constitution que l'exécutif puisse opposer un veto à toute loi. L'objection contre une union des branches judiciaire et exécutive dans la révision des lois était sans fondement ou elle n'était pas poussée assez loin. « Car si une telle union était un mélange anormal des pouvoirs et si un frein judiciaire aux lois n'était pas conforme à la théorie d'une constitution libre, il aurait fallu admettre qu'il était également inadmissible de permettre à l'exécutif de participer à l'œuvre législative, au moyen d'un veto (1) ». M. Wilson, pour mettre les choses au point, expliqua que *le principe de la séparation des départements ne signifie pas que les départements doivent porter leur activité sur des matières différentes mais qu'ils doivent agir indépendamment sur les mêmes matières* (2).

M. Ghorum demanda la parole pour résumer ainsi les arguments principaux de l'opposition ; que si les juges participaient à l'exercice du veto, ils ne pourraient plus être impartiaux quand la question de la constitutionnalité de la loi se poserait ; 2° que dans

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 77.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 78.

cette association, les juges seraient plus nombreux et qu'ainsi le veto serait entièrement dans leurs mains ; l'exécutif n'aurait plus de moyen de défense (1). Ces arguments l'emportèrent par une seule voix (4 Etats contre 3) (2), les délégués des deux autres Etats étant divisés, ce qui montre que la Convention était bien partagée sur cette proposition. Elle l'a repoussée, comme nous le voyons dans les arguments de M. Ghorum, uniquement à cause des difficultés pratiques que souleverait une telle participation du judiciaire, surtout dans la suite pour le jugement de la constitutionnalité des lois. Il n'y eut aucune objection faite à l'idée du veto lui-même, comme étant contraire à « la Séparation des Pouvoirs ». Au contraire, d'après leur conception de ce principe (dans laquelle l'idée d'indépendance est mise au premier plan, aux dépens de l'idée de spécialisation) le veto exécutif en découle naturellement. Ainsi Madison écrivait à Jefferson, qui était à Paris, qu'on avait soutenu à la Convention qu'« un veto absolu serait le seul moyen de mettre en application la théorie d'un libre gouvernement, qui défendait un mélange des pouvoirs législatif et exécutif (3) ».

Mais un veto absolu rappelait trop la monarchie (4) ;

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 79.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 80.

(3) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 133.

(4) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 100-101.

ce fut un veto suspensif qui fut voté à l'unanimité (1). Ensuite le débat se porta sur la question de savoir s'il faudrait une majorité des $2/3$ ou des $3/4$ pour écarter ce veto. Dans cette discussion, le caractère du veto, conçu *comme un frein contre le législatif fut mis nettement en relief*. On l'envisageait comme un moyen d'action par lequel l'exécutif pourrait maintenir son indépendance contre les empiètements législatifs (2).

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 80.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 586.

CHAPITRE IV

LE JUDICIAIRE ET « LA SÉPARATION DES POUVOIRS »

Section I

L'INDÉPENDANCE DU JUDICIAIRE

Sur le judiciaire, l'accord est beaucoup plus général à la Convention. Il y a beaucoup moins de discussion sur son organisation que sur celle des deux autres départements. A son égard, les constituants se souciaient surtout de garantir son indépendance, car on considérait le judiciaire comme le plus faible des trois départements (1).

Pour arriver à ce but, on emploie plusieurs moyens tirés de l'expérience des Etats particuliers. On institue d'abord, la permanence des offices judiciaires, qui avait été déjà proposée par le projet virginien (2). Il n'y a point de discussion sur ce point ; le vote est

(1) *Story, Commentaries*, p. 404. *Fédéraliste*, 645-646.

(2) FARRAND, I, 21.

unanime (1). C'est la leçon de l'expérience coloniale et de l'expérience des Etats, et de l'histoire constitutionnelle anglaise.

Evidemment, on peut voir dans cette règle d'immovibilité des magistrats, à la suite de certains juristes, une conséquence juridique et forcée de « la Séparation des Pouvoirs ». Seulement cette règle d'immovibilité est historiquement beaucoup plus ancienne que la théorie de « la Séparation des Pouvoirs ». Elle a été établie en Angleterre par l'Act of Settlement, pour des raisons d'utilité pratique, sans qu'on ne la rattachât non plus au principe de la séparation. Elle se justifie par une idée simple et forte à la fois ; l'intérêt des justiciables. L'indépendance du juge que l'immovibilité de sa fonction garantit, est la sauvegarde même des plaideurs. Et ce sont ces mêmes raisons — si simples — d'ordre pratique, qui ont agi sur les constituants américains, quand ils ont cherché à fonder l'indépendance du judiciaire sur des assises solides. Y voir une déduction logique de la théorie de « la Séparation des Pouvoirs » est encore un exemple de cette méthode erronée d'interprétation, *qui croyant voir dans les résultats un certain système d'ensemble*, confond cette théorie d'ensemble avec les causes, qui ont, en réalité, agi sur la formation de la constitution.

Le Fédéraliste nous renseigne sur ces raisons pra-

(1) FARRAND, II, 44.

tiques, qui étaient si évidentes aux constituants, qu'ils ne les discutèrent même pas. « Des nominations périodiques, de quelque manière qu'elles fussent réglées seraient, de façon ou d'autre fatales à leur indépendance nécessaire. Si le pouvoir de nomination était confié à l'exécutif ou à la législature, il y aurait à craindre une complaisance regrettable des juges pour la branche qui posséderait ce pouvoir ; si tous les deux en étaient investis, les juges ne voudraient pas encourir le risque de déplaire à l'un ou à l'autre. Si le droit de nomination était réservé au peuple, ou à des personnes spécialement choisies pour cet objet, il y aurait chez le juge un trop grand désir d'acquérir de la popularité pour espérer qu'il ne consulterait jamais que la Constitution et les lois ».

Il y a un autre motif, plus puissant encore en faveur de la permanence des offices judiciaires ; il résulte de la nature des qualités que ces fonctions exigent. « Elles nécessitent un long et pénible travail pour en acquérir la connaissance complète. Il résulte de là qu'il n'est dans la société, qu'un petit nombre d'hommes qui soient assez versés dans le droit, pour remplir dignement les fonctions des juges. Le nombre est bien moins grand encore de ceux qui aux connaissances acquises, unissent l'intégrité nécessaire. Ces considérations nous apprennent que le gouvernement n'aura pas un grand choix d'hommes compétents et qu'une durée limitée des fonctions judiciaires,

— qui naturellement, empêcherait ces hommes d'abandonner la profession lucrative de praticiens pour accepter un siège dans la magistrature, tendrait à remettre l'administration de la justice à des mains moins capables et moins qualifiées pour en remplir avec utilité et dignité les fonctions. En somme, on ne peut pas douter que la Convention n'ait agi sagement, en prenant pour modèles les constitutions, qui ont fait dépendre de la bonne conduite, la durée des fonctions judiciaires (1) ».

Après avoir décidé de la permanence du judiciaire, la Convention, pour assurer la responsabilité des juges, prend des précautions qui sont contenues dans l'article relatif à l'*impeachment* (2). Les juges peuvent être mis en accusation pour mauvaise conduite par la Chambre des Représentants et jugés par le Sénat, et s'ils sont condamnés, ils seront destitués de leur emploi et déclarés incapables d'en occuper aucun autre. C'est la seule disposition qu'on ait jugé compatible avec l'indépendance qu'exigent les fonctions judiciaires (3).

Après la règle d'inamovibilité, on jugeait que rien ne pouvait contribuer davantage à l'indépendance des juges qu'une disposition relative à leur traitement. En conséquence, la Convention décida que les juges

(1) *Fédéraliste*, Boucard et Jèze, p. 653-654.

(2) *La Constitution*, art. II, sect. IV.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 430.

recevraient à des époques fixes, pour leurs services, « un traitement qui ne sera point diminué tant qu'ils seront en place » (1). Le projet virginien avait stipulé que le traitement ne pourrait être ni diminué ni augmenté pendant le temps où les juges seraient en fonction (2). Mais étant donné la valeur instable de la monnaie (on était en pleine crise financière, comme nous l'avons indiqué) M. G. Morris proposa qu'on permit des augmentations (3). Le Docteur Franklin était du même avis et exposait que les affaires judiciaires deviendraient plus nombreuses, avec l'augmentation de la population et, qu'il faudrait rémunérer plus largement un travail qui serait plus chargé (4). Mais M. Madison tenait à avertir la Convention du danger de marchandages entre la législature et le judiciaire, si on permettait des augmentations. Il proposa qu'on base le traitement sur une certaine quantité de blé, qui ne changerait pas en valeur réelle avec les fluctuations de la monnaie (5). M. G. Morris lui répondit qu'on ne pouvait pas prévoir les changements sociaux, qui nécessiteraient une augmentation de traitement et surtout l'accroissement du travail des juges (6). Ainsi la Convention refusa de

(1) *La Constitution*, art. III, sect. I.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 22.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 44.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 45.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 45.

(6) FARRAND *Records*, Vol. II, p. 45.

défendre les augmentations, tout en interdisant les diminutions par un vote de 6 Etats contre 2 (1).

Le mode de nomination des juges fut l'objet de quelques débats. Au début, on proposa leur nomination par le Sénat (2), puis par la législature entière (3). M. Wilson et M. G. Morris préféraient leur nomination par l'exécutif. M. Ghorum suggéra la nomination par l'exécutif avec l'avis et le consentement du Sénat. C'était le mode pratiqué en Massachussetts, et là, ce mode de nomination avait prouvé sa valeur (4). Il est à remarquer que ceux qui soutenaient la nomination par le Sénat, M. Martin (5), M. Sherman (6) et M. Bedford (7) étaient des délégués des petits Etats. M. Bedford disait que l'exécutif aurait tendance à favoriser les grands Etats dans ces nominations (8) parce que c'était avec leur aide qu'il pourrait se faire réélire. M. Sherman prétendait qu'il y aurait moins d'intrigues, si la nomination était dans les mains du Sénat et non dans celles de l'exécutif (9). M. Ghorum craignait que la nomination par le Sénat (qui était

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 45.

(2) FARRAND, *Records*, vol. I, p.^e 30.

(3) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 232.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 41.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 41.

(6) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 47.

(7) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 43.

(8) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 43.

(9) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 43.

un corps assez nombreux) n'atténue les responsabilités que personne ne pourrait assumer en cas d'une mauvaise nomination (1). Le premier vote se prononça contre la nomination par l'exécutif seul (2). Le deuxième vote sur la proposition de compromis (nomination par l'exécutif avec l'avis et le consentement du Sénat) montra les voix également partagées (3). Finalement, les petits Etats, partisans de la nomination par le Sénat, consentirent à un nouveau compromis, proposé par M. Madison, qui consistait dans la nécessité d'une majorité de 2/3 du Sénat ratifiant la nomination de l'exécutif (4). Cette solution devait être remise en question à plusieurs reprises plus tard avant d'être ainsi incorporée dans la Constitution (5). Ce mode de nomination, tout en donnant satisfaction aux petits Etats, assurait en même temps que les juges seraient très peu dépendants de ceux qui les nommeraient, la nomination étant ainsi partagée.

Nous devons remarquer que, dans cette discussion l'élection populaire des juges que l'Assemblée Constituante de 1789 considérait comme un corollaire de « la Séparation des Pouvoirs » (6) n'était même pas

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 43.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 44.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 44.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 44.

(5) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 80-83.

(6) DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Constituante*

proposée à la Convention. Un tel mode de choisir les juges lui aurait paru si peu pratique et si peu en accord avec leur propre expérience, qu'on ne l'aurait même pas discuté.

Tandis qu'à l'Assemblée Constituante, on raisonnait ainsi : « Tous les pouvoirs étant des manifestations immédiates de la souveraineté nationale, doivent être directement conférés par la nation elle-même. Or, le pouvoir judiciaire est un de ces pouvoirs ; ceux qui l'exercent, c'est-à-dire les juges, doivent être élus par la nation légale (1) ».

Un tel raisonnement et une telle considération du problème, c'est-à-dire la méthode de déduction logique étaient tout à fait étrangers et même répugnants à l'esprit des constituants américains. Le caractère de leurs discussions nous montre qu'ils ne se demandaient pas, si un tel mode d'organisation était la conséquence d'un tel principe. Leur manière de faire était toute différente. Ils cherchaient d'abord, quelle était l'organisation la plus pratique et la plus utile, (celle qui répondait le plus aux besoins) et ensuite celle, parmi les modes proposés, à laquelle une majorité de délégués se rallierait. Donc objectif doublement pratique. Sans doute, au fond, on doit

de 1789, p. 77. Voyez aussi p. 75, Bergasse disait à l'Assemblée Constituante : « Le pouvoir judiciaire serait mal organisé, s'il dépend d'une autre volonté que celle de la nation ».

(1) ESMEIN, I, 506 (*Éléments de droit constitutionnel*).

attribuer cette différence de méthode à une certaine différence de psychologie nationale.

Esmein nous dit que l'élection des juges n'est pas une conséquence forcée de « la Séparation des Pouvoirs ». « Il n'y a aucun obstacle de principe » dit-il, « à ce que le titulaire de l'un des pouvoirs, soit élu par le titulaire d'un autre pouvoir, alors même que ce dernier ne tirerait même pas son titre du suffrage national. Ce qu'exige seulement le principe de la séparation, c'est que les pouvoirs distincts soient indépendants les uns des autres. L'élection des juges ou leur nomination par le pouvoir exécutif doit donc être appréciée en elle-même et décidée seulement d'après les avantages que l'on trouvera dans l'une ou l'autre combinaison (1) ». Ceci nous montre une fois de plus ce que nous avons voulu souligner dans notre introduction, la grande multiplicité d'interprétation qu'on peut donner à cette théorie et encore le plus grand nombre de déductions qu'on en peut tirer, déductions qui sont si souvent diamétralement opposées.

Section II

LE DROIT DE DÉTERMINER LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Nous arrivons à une question d'une importance toute spéciale, l'attribution au judiciaire du droit de

(1) ESMEIN, I, 506. (*Eléments de droit constitutionnel*).

décider de la constitutionnalité des lois. La nature de cette compétence a toujours été et est encore très discutée. Les uns soutiennent que c'est clairement une compétence judiciaire en disant comme Le Fédéraliste : « L'interprétation des lois est de la fonction propre et particulière des tribunaux. Une constitution est, en fait, et doit être regardée par les juges, comme une loi fondamentale. Dès lors, c'est à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière, émanant du Corps législatif. S'il se trouve entre les deux une contradiction absolue, celle qui a un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit naturellement être préférée; ou en d'autres termes, la Constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à l'intention de ses agents (1) ».

C'est presque le même raisonnement que Marshall devait tenir dans le jugement de l'espèce — *Marbury vs. Madison* : « C'est dans la constitution écrite que l'on trace aux différents départements ou organes, leurs pouvoirs respectifs. On y établit des limites dans lesquelles ils doivent se mouvoir et qu'ils ne peuvent transgresser. Donc, il n'y a pas de milieu entre ces deux alternatives. Ou bien la Constitution est une loi supérieure et souveraine et il est impossible de la changer par les procédés ordinaires, ou bien elle

(1) *Fédéraliste*, traduct. Boucard et Jèze, p. 648.

est sur le même niveau que les actes législatifs proprement dits et comme ces actes, elle peut être changée quand il plaît à la législature de la changer ».

« Si c'est la première partie de l'alternative qui est la vraie, dans ce cas un acte législatif contraire à la Constitution n'est pas une loi. Si c'est au contraire la dernière, alors les constitutions sont d'absurdes tentatives de la part du peuple, de limiter un pouvoir qui est illimité de sa nature. »

« Si ces principes sont exacts, il en résulte qu'une loi contraire à la constitution est nulle. C'est la conséquence de l'existence d'une constitution écrite ».

« Mais alors, si un acte de la législature, contraire à la Constitution est nul, cet acte, malgré son invalidité, oblige-t-il les Cours... bien qu'il ne soit pas une loi, constitue-t-il une règle aussi effective que s'il était une loi ? Admettre ceci, ce serait renverser en fait ce qui a été établi en théorie et cela semble à première vue une absurdité si grande qu'il est inutile d'insister (1) ».

D'autre part, il y a certains auteurs qui maintiennent que dans l'application réelle, cette compétence, si on l'envisage réduite à la pratique et dénuée de tous ces raisonnements purement juridiques, apparaît vraiment de nature législative. Ainsi, Willoughby dit que dans le système gouvernemental américain, tel

(1) *MARBURY, vs. Madison*. Supreme Court. Rep. 1803, Cranch 37.

qu'il existe aujourd'hui, les tribunaux jouent un grand rôle dans la détermination du caractère de la législation (1). M. Laski dans son livre récent : *A Grammar of Politics* » rappelle le même trait de cette compétence en donnant comme exemple la décision sur la loi du salaire minimum (2). La difficulté, avec ce raisonnement, que le Fédéraliste a tracé, et qui paraît irréfutable, provient de ce que la Cour Suprême, en interprétant la Constitution, est obligée de tenir compte des faits contemporains et ainsi de faire œuvre législative, car en interprétant la Constitution, en réalité, elle est obligée de juger, indirectement et par la force des choses, de *l'opportunité de la loi*.

Cette compétence a été contestée, non seulement du point de vue de la spécialisation, mais aussi du point de vue de l'indépendance comme étant en contradiction avec la « Séparation des Pouvoirs ». Le Fédéraliste avait soutenu que l'attribution de cette compétence au judiciaire « ne suppose nullement une supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Elle suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur à tous deux et que lorsque la volonté de la législature, exprimée dans ses lois, est en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, c'est à la dernière plutôt qu'aux premières que

(1) W. F. WILLOUGHBY, *The Government of modern states*, p. 248;

(2) LASKI, *A Grammar of Politics*, p. 136.

les juges doivent obéir. Leurs décisions doivent être réglées par les lois fondamentales plutôt que par celles qui ne sont pas fondamentales (1) ».

Mais Thomas Jefferson, qui était le grand adversaire de l'exercice de cette compétence par les tribunaux⁴ soutenait une thèse tout à fait opposée. Dans une lettre à un de ses amis, il écrivait (2) : « Si cette compétence était admise, il faudrait reconnaître que notre constitution a voulu elle-même sa propre destruction, car son but ayant été d'établir trois départements coordonnés, mais indépendants entre eux, afin qu'ils puissent se servir l'un à l'autre de contre-poids et de contrôle, elle aurait donné à un seul d'entre eux le droit de prescrire aux deux autres, des règles de gouvernement et elle l'aurait donné à celui-là même qui est indépendant de la nation et n'est pas élu par elle. La constitution n'est plus dans une semblable hypothèse qu'une cire molle et flexible à laquelle la judicature peut imprimer toutes les formes qu'il lui plaira ».

Et encore dans une autre lettre, celle-ci à Mme Adams, il écrivait : « L'opinion qui confère aux pa⁴ys le droit de décider de la constitutionnalité et de la non-constitutionnalité des lois, non seulement pour eux-mêmes et dans la sphère qui leur est propre, mais

(1) *Le Fédéraliste*, p. 649.

(2) JEFFERSON, *Mélanges politiques et philosophiques*. Paris Paulin (1833). Lettre à Judge Roane. Vol. II, p. 310.

encore de manière à lier le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, tend à constituer le despotisme dans la branche judiciaire (1) ».

La Constitution fédérale n'accorde pas expressément aux tribunaux la compétence d'apprécier la constitutionnalité des lois. « Le pouvoir judiciaire » y est-il dit simplement « s'étendra à tous les cas en droit et en équité, qui naîtront de la présente Constitution, des lois des Etats-Unis, des traités conclus ou à conclure sous leur autorité (2). Et plus loin : « La présente Constitution et les lois que les Etats-Unis se donneront en conséquence, ainsi que tous les traités, faits ou à faire, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays ; les juges de chaque Etat seront tenus de s'y conformer, nonobstant toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois particulières d'un Etat (3) ».

Le manque d'une disposition donnant cette compétence expressément au judiciaire, a été la cause d'opinions nombreuses, surtout récemment, qui maintiennent que l'exercice de cette compétence est une usurpation de la part du judiciaire. Ainsi, M. Clark, président de la Cour Suprême de la Caroline du Nord, a déclaré dans un discours, à l'Université de Pensylvanie (en 1906) que ce n'était pas l'intention des

(1) JEFFERSON, *Mélanges*, vol. II, p. 76. Lettre à Mme Adams.

(2) *La Constitution*, Art. III, sect. 2 § 1.

(3) *La Constitution*, art. VI, sect. 2.

constituants de conférer au judiciaire la compétence de statuer sur la constitutionnalité des lois (1). Le Doyen de la Faculté de droit de Dickinson, M. Trickett, a soutenu également que si les tribunaux possèdent cette compétence, ils ne la doivent nullement à l'intention des constituants, mais à ce qu'un des juges a appelé « la nécessité », « ce qui pour M. Trickett veut dire le désir propre des juges » (2).

Cependant un examen attentif des notes de Madison sur la Convention, nous montre que cette thèse d'usurpation est sans fondement. Nous avons déjà vu dans la discussion, sur la question d'associer le judiciaire à l'exécutif dans l'exercice du veto, que c'était précisément le fait, que les juges devaient plus tard apprécier la constitutionnalité des lois, qui était une des plus importantes raisons d'écarter cette proposition. On ne voulait pas que les juges prennent part à la fabrication de la loi. Cette association les aurait empêchés, comme disait M. Strong (3) d'être impartiaux quand la constitutionnalité de la loi serait mise en question devant eux. Dans toute cette discussion, il était sous-entendu qu'on devait attribuer cette compétence aux juges. Ainsi M. Gerry disait qu'il se demandait, si les juges devaient participer au veto, car ils possèderaient

(1) Voyez BEARD, *The supreme court and the Constitution*, chap. 1, *Attacks upon Judicial Control*, p. 2.

(2) BEARD, *The supreme court and the Constitution*, p. 9.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 75.

un frein suffisant contre les empiètements sur leur domaine, dans leur compétence d'expliquer les lois, qui comprendrait une compétence de décider de la constitutionnalité de ces lois (1). M. Gerry ajoutait que dans quelques Etats déjà, les juges avaient déclaré des lois inconstitutionnelles. M. Martin rappelait aussi que cette association des juges et de l'exécutif serait dangereuse car « la question de la constitutionnalité des lois devait venir devant les juges dans leur caractère officiel » (2). Plusieurs autres constituants laissent entrevoir cette même idée. Béard, dans son étude détaillée sur les opinions des constituants à l'égard de l'attribution de cette compétence au judiciaire, fait ressortir l'entente tacite sur cette question (3).

Egalement dans la discussion sur la proposition de donner à la législature nationale, la compétence d'annuler les lois des Etats, contraires à la Constitution fédérale, on entrevoit que l'attribution de cette compétence de déterminer la constitutionnalité des lois, au judiciaire, était sous-entendue. Ainsi dans cette discussion, M. Sherman trouvait « qu'il n'était pas nécessaire de donner la compétence dont il s'agit à la législature nationale, car les tribunaux ne considéraient pas comme valides, toute loi contraire à

(1) FARRAND, *Records*, vol. I, p. 97.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 76.

(3) BEARD, *The supreme Court and the Constitution*, chap. I & II.

l'autorité de l'Union » (1). M. Madison lui répondait qu'on ne pouvait avoir aucune confiance dans les tribunaux des États, comme gardiens de l'autorité et des intérêts nationaux, et quant aux tribunaux nationaux, les lois des Etats pourraient produire leur effet nuisible avant que ces tribunaux puissent les déclarer non avenues (2).

M. G. Morris craignait que l'attribution de cette compétence d'annuler les lois des Etats, à la législature nationale n'effraie les Etats, et d'ailleurs, affirmait-il, *le but serait accompli par le fait que les tribunaux nationaux pourraient déclarer invalide, toute loi contraire à la Constitution* (3).

Quand la proposition donnant cette compétence à la législature nationale fut rejetée, la première fois, M. Martin fit immédiatement, une proposition, qui était ainsi conçue : « Les lois des Etats, qui seront faites en vertu de et en conformité avec les articles de l'Union, ainsi que tous les traités faits sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays... et les juges de chaque Etat seront tenus de s'y conformer nonobstant toute disposition contraire dans les lois particulières de chaque Etat » (4).

M. Martin expliqua sa proposition avec plus de

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 27.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 27.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 28.

(4) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 28-29.

précision dans une lettre écrite après la Convention et qui montre bien que c'était une proposition de remplacement dans le but de donner cette compétence au judiciaire ; seulement, il aurait voulu limiter les cas où cette compétence pourrait s'exercer (1).

La proposition de M. Martin fut amendée sur l'initiative de M. Rutledge et adoptée à l'unanimité, dans la forme suivante : « La présente constitution et les lois que les Etats-Unis se donneront en conséquence, ainsi que tous les traités faits ou à faire sous leur autorité, seront la loi suprême du pays ; les juges de chaque Etat seront tenus de s'y conformer, nonobstant toute disposition contraire dans la constitution ou les lois particulières d'un Etat » (2).

Nous voyons une autre preuve de l'intention des constituants d'attribuer cette compétence au judiciaire dans les documents, qui contiennent un compte-rendu du travail du Comité de Détail. Là, nous trouvons la phrase suivante : « Toute loi contraire à la Constitution sera nulle et la décision là-dessus sera investie dans le judiciaire suprême » (3).

Au moment même du vote sur la première clause (que nous avons citée) sur laquelle on a basé l'attribution de cette compétence (et qui était ainsi conçue au début. « Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas...

(1) FARRAND, *Records*, vol. III, p. 286.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 389.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 144.

qui naîtront des lois des Etats-Unis »). M. Johnson demanda que l'on insère les mots « de la présente Constitution » avant les mots « des lois des Etats-Unis » (1).

La clause en question ainsi transformée est devenue ce qu'elle est aujourd'hui. M. Madison posa la question de savoir si ce ne serait pas aller trop loin que d'étendre la juridiction de la Cour Suprême à tous les cas, qui naîtraient de la Constitution et s'il ne vaudrait pas mieux la limiter aux cas « de nature judiciaire ». « Le droit d'interpréter la Constitution dans les cas qui ne sont pas de cette nature ne devrait pas être donné à ce département » (2). Il ajoute dans ses notes sur la Convention que l'amendement de M. Johnson fut adopté à l'unanimité ; « il était généralement supposé que la compétence qu'on donnait, serait limitée aux espèces de nature juridique » (3).

Ce que Madison voulait dire par « des espèces de nature juridique » n'est pas tout à fait clair. Cependant, on en a une meilleure idée en lisant son discours à la Chambre des représentants du premier Congrès (4). Il semble avoir voulu écarter de la juridiction de la Cour Suprême des espèces qui sont de nature politique,

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 430.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 430.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 430.

(4) ELLIOT, *Debates*, vol. IV, p. 382-383 cité BEARD, *Supreme Court and the Constitution*, p. 32-33.

c'est-à-dire qui touchent aux rapports des départements respectifs entre eux et à la délimitation de leurs compétences voisines. Pour ces espèces-là, il croyait que les autres départements devaient avoir autant à dire que le judiciaire. De cette doctrine, Béard nous dit dans son livre « La Cour Suprême et la Constitution » « Marshall lui-même n'en aurait pas été l'adversaire » (1).

En tout cas, il est évident par le vote unanime sur l'amendement de M. Johnson et par l'explication de Madison, quelle que soit l'étendue exacte de la restriction qu'il apporta à cet amendement que les constituants ont eu l'intention d'attribuer (au judiciaire) la compétence de statuer sur la constitutionnalité des lois, au moins dans les espèces « de nature juridique ». Car étant donné le fait que, par cet amendement, la juridiction fut étendue aux cas qui naîtraient de la Constitution, les tribunaux doivent interpréter les clauses de la constitution et comme suite logique, ils sont obligés de déclarer non avenue et nulle, toute loi qu'ils considèrent contraire à leur interprétation de la Constitution (si ceci est essentiel pour la décision dans l'espèce).

Contre tout ce témoignage de caractère positif, on n'a pu opposer que les déclarations de deux délégués à la Convention. M. Mercer s'était montré dans la

(1) BEARD, *Supreme Court*, p. 33.

discussion sur l'association du judiciaire à l'exécutif dans l'exercice du veto, opposé à la doctrine que les juges, en interprétant la Constitution, auraient le droit de déclarer une loi nulle (1). M. Dickinson s'était associé à cette déclaration, mais il admettait qu'il ne savait pas quel projet on lui pourrait substituer (2). M. G. Morris leur répondit (en exposant ce qui était l'opinion de la majorité de la Convention, telle qu'elle devait être exprimée plus tard dans la discussion par les votes et les explications sur les deux clauses, qui sont la base de l'exercice de cette compétence par les tribunaux) *qu'il était inconcevable que le judiciaire soit obligé d'appliquer une loi qui était une violation de la Constitution* (3).

En somme, il n'y a aucun doute sur la légitimité historique de l'exercice de cette compétence. L'interprétation que nous avons donnée, des deux clauses de la Constitution, sur lesquelles l'exercice de cette compétence est basée est bien celle des constituants. Nous en avons des preuves supplémentaires dans les discours qui furent prononcés aux conventions de ratification convoquées dans les Etats (4). Nous pou-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 298.

(2) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 299.

(3) FARRAND, *Records*, vol. II, p. 299.

(4) Voyez le discours de Marshall à la Convention de Virginie Elliot's Debates, vol. III, p. 553 ; le discours de M. Luther Martin à la Convention de Maryland Elliot's Debates, vol. 1, p. 380 ; le discours de M. WILSON à la Convention de Pensylvanie Elliot's Debates,

vons, pour en choisir un comme un exemple, citer le discours de M. Wilson à la Convention de Pensylvanie où il dit :

« Si une loi est en contradiction avec les pouvoirs que la Constitution a conféré au Congrès, les juges comme conséquence de leur indépendance, déclareront une telle loi nulle et invalide. Car la Constitution doit prédominer; par conséquent, tout acte du Congrès contraire à la Constitution n'aura pas la force de loi » (1).

En réalité, derrière cette tentative de contester la légitimité de l'exercice de cette compétence par le judiciaire, il y a une autre préoccupation d'ordre social et économique plutôt qu'un souci de légitimité historique, qui est la véritable raison pour laquelle ces deux auteurs et d'autres aussi (2) auraient voulu enlever cette compétence au judiciaire. Mais au lieu de s'attaquer directement à la valeur intrinsèque de cette compétence et à ses répercussions, ils cherchent à la saper en lançant une attaque dirigée contre son fondement historique. Car, au fond, ils voient dans cette compétence une véritable arme par laquelle un

vol. II, p. 488; le discours de M. Ellsworth à la Convention de Connecticut Elliot's Debates, vol. II, p. 290.

(1) Elliot's Debates, vol. II, p. 489.

(2) L. B. BOUDIN, *Government by the Judiciary*. Political Science Quarterly, vol. XXVI (1911), pp. 238 et suiv.

SMITH, *The spirit of the American Government*, p. 97 et s.

petit nombre de juges (5 sur 9) qui ne sont pas élus et qui tiennent leur fonction, pour la vie, peuvent empêcher des réformes sociales qu'eux-mêmes jugent nécessaires et qui sont demandées par la majorité de la nation (1). C'est sous ce même aspect que M. Lambert (dans son livre « Le Gouvernement des Juges ») (2) a décrit les juges comme empêchant l'évolution de la législation ouvrière et comme défenseurs des droits de propriété, interprétés dans leur sens le plus strict et le plus entier, contre les limitations que cette législation sociale leur apporte.

Boutmy trouve aussi que la Cour Suprême échappe presque indéfiniment à l'emprise des électeurs « qu'elle pourrait impunément, mesurer de son autorité, énerver pratiquement une loi votée par les deux Chambres et approuvée par le Président, ou une politique acceptée par l'opinion publique, mettre à néant une convention diplomatique régulière en la privant de sa sanction pénale, mettre la main sur des objets réservés à la souveraineté des Etats et les fédéraliser » (3). Il y voit « une autorité non élue, qui ne se renouvelle que de génération en génération dans ce milieu instable, qui change d'année en année, une autorité qui pourrait au nom d'un mandat morale-

(1) SMITH, *The spirit of the American Government*, p. 102-103.
LASKI, *A Grammar of Politics*, p. 135.

(2) LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*. Giard (1921).

(3) BOUTMY, *Etudes de Droit Constitutionnel*, 2^e éd. p. 187.

ment périmé, perpétuer les préjugés d'une période close et porter un défi dans la sphère politique même à l'esprit transformé de la nation » (1).

Laski considère aussi que le système américain (avec cette compétence donnée au judiciaire) aboutit à ce que le caractère de la législation dépende du caractère de ceux nommés à la Cour Suprême. Il ne lui semble pas que cette sauvegarde soit nécessairement moins frêle que celle d'une Assemblée législative, qui est surveillée par une opinion publique alerte (2).

Derrière toutes ces critiques dirigées contre l'attribution de cette compétence de déterminer la constitutionnalité des lois, on sent l'existence silencieuse et quelquefois inconsciente de toute une philosophie socio-juridique. L'idée principale est celle-ci : c'est un grand tort d'attribuer la direction d'une société au juriste (dans ce cas, le juge) ; un grand inconvénient que de lui permettre de déterminer le caractère de la législation de cette société. Le juriste, pensent-ils, est essentiellement un technicien même pourrait-on dire un mécanicien, qui est absorbé par son petit métier qui déforme son point de vue. S'il est très développé du côté de sa profession, par la force de spécialisation, par contre, ses idées et ses conceptions sociales et économiques et même politiques sont

(1) BOUTMY, *Etudes*, p. 187.

(2) LASKI, *A Grammar of Politics*, p. 136.

quelquefois très atrophiées. D'où l'erreur de lui confier la direction d'une société, qui est régie dans une large mesure, par les forces économiques et sociales. Qu'il collabore, qu'il apporte son savoir, pour le mélanger, pour l'amalgamer avec celui des autres, oui ; mais qu'il domine, qu'il dicte ses conceptions aux autres ou qu'il interprète les connaissances des autres, décidément non. On doit le considérer comme un ouvrier, pensent-ils, qui fabrique des instruments dont la force motrice se trouve dans les courants économiques, sociaux et politiques ; qu'il n'ait pas la prétention de diriger ces courants, ou de les arrêter. Encore une autre comparaison qui exprime leur même idée. Le juriste serait comme un tailleur, qui doit faire des complets (juridiques) pour la société d'après les mesures grandissantes et changeantes de cette société, mais il ne doit pas essayer de faire entrer la société dans un costume qu'il a fait uniquement d'après sa propre conception de ce que la société doit porter.

Ces idées et comparaisons se résument en une pensée qui les domine : que la plupart de ce que nous appelons les problèmes *juridiques* ne le sont que *techniquement*, c'est-à-dire dans leur *forme* ; *au fond, ce sont des problèmes économiques, sociaux ou politiques.*

Rentrer dans une discussion sur les mérites de ces opinions et de ces conceptions, qui sont d'ailleurs très contestables, surtout dans leur *application pratique*, particulièrement dans un pays comme l'Amérique, où

un grand rôle est joué par le « respect profond et presque instinctif des Anglo-Saxons pour la loi et pour les cours de justice » (1) ; (bien que ces conceptions contiennent une certaine part de vérité) nous amènerait bien loin de notre point de départ et ne touche aucunement à notre étude. Notre tâche, ici, est uniquement de rappeler que les constituants n'avaient pas grande confiance dans l'opinion publique à laquelle M. Laski voudrait tout confier.

Nous avons déjà vu dans un chapitre précédent ce qu'ils pensaient de « cet esprit de nivellement ». Nous avons vu aussi, leur grande crainte de la prédominance du corps législatif dirigé par une majorité démagogique et tyrannique et aussi toutes les barrières qu'ils chechaient à construire pour empêcher ce résultat. Nous avons vu que cette préoccupation était basée sur la peur que leurs droits — surtout ceux de propriété, dont la protection était pour eux le premier but d'un gouvernement, ne soient exposés aux attaques d'une Assemblée législative poussée par une majorité populaire, si celle-là n'était pas réfrénée.

M. G. Morris résumait ainsi l'opinion de la Convention, en disant qu'il pensait avec les autres que les libertés publiques étaient plus menacées par des usurpations du législatif que d'aucune autre façon. « Des lois d'inflation, des subventions au peuple, une

(1) ESMEIN, *Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 52.

remise des dettes et d'autres lois semblables seront populaires et seront votées pour cette raison-là ». Il fallait trouver des freins aussi forts que possible (1).

Donc, cet aspect de la question sur lequel Lambert attire notre attention et qu'il nous expose comme existant seulement depuis 1884, avait été déjà expressément prévu par les constituants, et c'est surtout dans le but de protéger les droits des minorités (surtout leurs droits de propriété) qu'ils ont attribué cette compétence au judiciaire. Ils avaient pressenti le fond économique et social des problèmes qui avaient l'apparence purement juridique.

Le Fédéraliste exposait clairement cette doctrine, en rattachant l'attribution de cette compétence à l'idée de la nécessité de l'indépendance du judiciaire vis-à-vis du législatif. Ainsi Hamilton écrivait : « L'indépendance complète des cours de justice est particulièrement essentielle dans une Constitution limitée. Par constitution limitée, j'entends celle qui contient certaines exceptions déterminées à l'autorité législative ; (comme par exemple la défense de passer des bills d'*attainder*, des lois *ex post facto*, etc.). Des limitations de ce genre ne peuvent être maintenues, en pratique, que par l'entremise des cours de justice dont le devoir doit être de déclarer nulles, toutes les lois manifestement contraires aux termes de la Cons-

(1) FARRAND, *Records*, vol. II, p.77

titution. Sans cela, toutes les réserves de droits et de privilèges particuliers seraient sans valeur. »

« Cette indépendance des juges est également nécessaire pour garantir la Constitution et les droits des individus contre l'effet de ces dispositions mal-faisantes, que les artifices d'hommes mal intentionnés, ou l'influence de quelque circonstance particulière font quelquefois germer, dans l'esprit du peuple et qui, quoique bientôt détruites, par une information meilleure ou par une réflexion plus mûre, tendent cependant à introduire dans le gouvernement des innovations dangereuses et à faire opprimer gravement le parti le plus faible de la nation. Il est aisé de voir qu'il faut aux juges un degré de courage peu commun, pour se conduire en fidèles défenseurs de la Constitution, lorsque les empiètements législatifs sont encouragés par *la majorité de la nation* ».

« Ce n'est pas seulement relativement aux infractions à la Constitution que l'indépendance des juges peut être un remède essentiel, contre les effets des dispositions fâcheuses qui peuvent naître dans la société. Quelquefois ces dispositions ne tendent qu'à violer les droits privés d'une *classe particulière de citoyens* par *des lois injustes et partiales*. La fermeté des juges est alors de grande importance. Les hommes réfléchis, de toutes sortes, doivent apprécier tout ce qui peut produire et fortifier cette disposition dans les tribunaux, car aucun homme ne peut être sûr de

ne pas être demain la victime d'un esprit d'injustice, dont il peut profiter aujourd'hui. Et tout homme doit sentir maintenant que l'inévitable tendance d'un tel esprit est de saper les fondements de toute confiance publique et privée et d'y substituer la défiance et la détresse générales (1) ».

(1) *Le Fédéraliste*, p. 647, 650, 652.

CONCLUSION

Notre conclusion sera brève ; nous l'avons d'ailleurs esquissée. L'interprétation classique, qui voit dans la Constitution américaine, une application volontaire de la théorie de « la Séparation des Pouvoirs » dans toute sa rigueur, sauf pour quelques exceptions, doit être complètement écartée. Elle est à la fois simpliste et excessive. Comme si la théorie de « la Séparation des Pouvoirs » pouvait donner une solution nette et non équivoque à chaque problème d'organisation gouvernementale !

L'influence de cette théorie comme « idée-force » sur le travail des constituants américains a été très exagérée. Des opinions telles que celles-ci sont encore courantes. « L'exemple des Etats-Unis d'Amérique, dont la Constitution avait développé le dogme constitutionnel de Montesquieu, jusqu'à ses dernières conséquences logiques (1) ». « La Convention de Philadelphie, pénétrée jusqu'à la superstition de

(1) LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*, p. 15.

la théorie de Montesquieu a mis tous ses soins à tenir les pouvoirs séparés ... (1) ».

La grande erreur a toujours été de confondre le résultat, avec les causes ou les forces, qui ont agi pour modeler la Constitution. Ces auteurs, en regardant la Constitution, ont cru y trouver des traces ou des déductions de « la Séparation des Pouvoirs », (telle qu'ils la comprennent), dans telle ou telle clause ou même dans plusieurs clauses de cette Constitution. Cette méthode d'interprétation a toujours l'air plausible et soutenable, étant donné les significations différentes, qu'on peut donner à ce principe. En rattachant ces clauses à leur interprétation de la théorie, ils concluent que les constituants ont appliqué la théorie dans leur travail. Ils oublient qu'on peut arriver à des résultats identiques, en suivant des chemins et des guides différents.

Les influences les plus importantes, qui ont, en réalité, modelé la Constitution, sont d'un ordre beaucoup plus terre à terre que cette théorie nébuleuse de « la Séparation des Pouvoirs », dont on ne peut pas fixer les bornes. Les vraies influences qui ont déterminé la structure du Gouvernement, sont d'abord, les conflits d'intérêts entre les Etats — conflits politiques et conflits économiques — et ensuite, les considérations pratiques relatives à une

(1) BOUTMY, *Etude de Droit Constitutionnel*, p. 131.

bonne organisation gouvernementale, capable d'être agréée par une majorité des constituants. Telles sont les influences majeures.

Ce qui ne veut pas dire que cette théorie n'a joué aucun rôle. Une telle conclusion serait également simpliste et ne tiendrait pas compte des nuances. Les constituants étaient trop pratiques et trop avisés pour ne pas voir l'adaptation et l'usage, qu'on pourrait faire dans certains cas, de cette théorie.

Cette influence se montre dans la discussion de certaines questions ; par exemple, dans la discussion sur le veto exécutif. Mais alors, nous rencontrons une interprétation de cette théorie, qui est toute particulière. L'élément de spécialisation est complètement subordonné à la préoccupation de l'indépendance, dans cette variation très assouplie, de la « Séparation des Pouvoirs » que l'on appelait la théorie [des freins et des contrepoids ; et ceci contrairement à l'opinion de certains auteurs — et même de certains arrêts des tribunaux —, qui prétendent trouver dans la Constitution, l'intention d'une spécialisation, sauf disent-ils pour quelques exceptions expressément nommées dans la Constitution. Cette notion de spécialisation supposerait une distinction nette, théorique et préalable des fonctions. Donc, ces auteurs oublient que d'abord, une telle distinction est impossible, ce dont les meilleurs esprits de la Convention étaient conscients, et qu'ensuite, les notions de la majorité des

constituants, sur les fonctions, étaient plutôt historiques et pratiques que philosophiques.

Nous avons vu le caractère de ces notions dans les discussions sur le veto de l'Exécutif — sur le conseil de révision et sur l'attribution de la compétence de juger de la constitutionnalité des lois des États, à la législature nationale. Et en troisième lieu, l'intention d'une telle distinction *à priori* aurait été tout à fait répugnante à l'esprit et à la méthode de la Convention. Mettre au premier plan, l'idée d'indépendance était, pour eux, une interprétation beaucoup plus pratique de « la Séparation des Pouvoirs » ; car ainsi on visait les hommes et non les fonctions qui apparaissent comme des abstractions ; d'où cette idée de souligner plutôt une séparation des gouvernants que des fonctions. D'ailleurs, l'emploi assez fréquent du mot « département » au lieu du mot « pouvoir », bien ce que dernier ait toujours été le terme consacré, est une indication inconsciente de cette signification. Car ce mot s'attache plutôt à l'idée d'organe sans contenir autant que le mot « pouvoir », une idée du fondement sur une distinction théorique des fonctions. Ainsi l'idée de spécialisation se trouve diminuée pour devenir uniquement négative, c'est-à-dire empêcher l'accumulation de toutes les compétences, de plus d'une fonction entière, dans les mains d'une seule autorité.

En résumé et comme nous l'avons vu, la majorité des constituants ne s'inquiétaient point d'une dis-

tion des fonctions. En attribuant une certaine compétence à un organe, ils ne se posaient pas la question de la nature intrinsèque de cette compétence. Ils se préoccupaient plutôt de savoir quel département pourrait le mieux exercer cette compétence. Ainsi l'exécutif (ou le Législatif ou le Judiciaire) n'est pas investi de certaines compétences parce qu'on pourrait appeler des compétences exécutives ou législatives ou judiciaires). Cependant, forcément, dans l'ensemble, on aboutit à une certaine répartition, plus ou moins spécialisée, d'après les idées diverses des auteurs sur la nature et le contenu des fonctions. Mais ce résultat n'est pas l'aboutissement d'un plan poursuivi *a priori*, comme on l'a si souvent prétendu. En somme, il n'y a eu à la Convention ni une tentative, ni une intention de donner une base rationnelle ou philosophique à la répartition des compétences.

VU : *Le Président de la thèse*

GASTON JÊZE.

Paris, 8 juin 1926.

Vu et permis d'imprimer
le Recteur de l'Académie de Paris.

P. LAPIE.

Le Doyen
H. BERTHÉLEMY.

BIBLIOGRAPHIE

- ADAMS. — *Défense des Constitutions*. Buisson, Paris, 2 vol. 1792.
- ANSON. — *Law and Custom of the Constitution, Oxford*, 2^e édit., 2 vol 1892-1896. Trad. française, Paris, Giard, 1903-1905.
- ARISTOTE. — *Politique*, Barthélémy Saint-Hilaire, Paris, Ladrangé, 3^e édit., 1874.
- ARTUR. — *Séparation des Pouvoirs et des fonctions*. Revue du Droit Public, 1900-1903.
- BAGEHOT. — *The English Constitution* Chapman and Hall. London 1867.
- BANCROFT. — *History of the Formation of the Constitution New-York*, 2 vol. 1882.
- BARTHELMY. — *Le Rôle du Pouvoir Exécutif dans les Républiques Modernes*. Giard et Brière, Paris, 1906.
- BARTHELMY et DUEZ. — *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*. Dalloz, Paris 1926.
- BEARD. — *Economic Interpretation of the Constitution*. Macmillan, New-York, 1913.
- BEARD. — *The Supreme Court and the Constitution*. Macmillan, New-York, 1916.
- BEARD. — *American Government and Politics*. Macmillan, New-York, 1918.
- BECK. — *La Constitution des Etats-Unis*. Colin, Paris 1923.
- BECKER. — *The Declaration of Independance*. Harcourt Brace et C^{ie} New-York, 1922.
- BLACKSTONE. — *Commentaries on the Laws of England*. Edité par Anderson 4^e édit. Chicago, Callaghan et C^{ie}, 1899.
- BONDY. — *The Separation of Governmental Powers*. New-York, Sabiston Murray et C^{ie}, 1893.

- BOUTMY. — *Etudes de Droit Constitutionnel*. Colin, Paris, 2^e éd. 1895.
- BRYCE. — *La République Américaine*. Giard, Paris. 5 volumes, 2^e édition française, 1912-1913.
- BURGESS. — *Political Science and Comparative Constitutional Law*. Ginn & C^{ie}, Boston, 2 vol. 1896.
- CARRÉ DE MALBERG. — *Théorie Générale de l'Etat*. Sirey, Paris, 2 vol. 1920-1922.
- CHAMBRUN (DE). — *Le Pouvoir Exécutif aux Etats-Unis* Fontemoing, Paris, 1896.
- COOLEY. — *Constitutional Limitations*, 7^e édition. Boston, Little Brown and C^{ie}, 1903.
- CROLY. — *The Promise of American Life*. Macmillan, New-York, 1909.
- DEALEY. — *Growth of American State Constitutions*. Ginn and C^{ie}. New-York, 1915.
- DELOLME. — *Constitution de l'Angleterre*. Genève, 2 vol, 1787.
- DICEY. — *Lectures introductory to the Study of the Law of the Constitution*. Macmillan, London, 1885. Traduction française de Batut et de Jèze, Paris, Giard, 1902.
- DICEY. — *Documentary History of the Constitution of the United States of America*. Washington, Department of States, 5 vol., 1894-1905.
- DUGUIT. — *La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Constituante de 1789*. Larose, Paris, 1893.
- DUGUIT. — *Traité de Droit Constitutionnel*. Bocard, Paris, 5 vol., 1921-25.
- ELLIOT. — *Debates in the Several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution*. Philadelphia, Lippincott, 2^e édition, 5 vol. 1859.
- ELLIOT. — *Biographical Story of the Constitution*. New-York, Putnam, 1910.
- ESMEIN. — *Eléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*. Sirey, Paris, 7^e édition, 2 volumes 1921.
- FAIRLIE. — *The separation of Powers, Michigan Law Review*. Février 1923, p. 393-437.
- FARRAND. — *The records of the Federal Convention of 1787*. New Haven Yale University Press, 3 vol. 1911.
- FARRAND. — *The Framing of the Constitution*. New Haven Yale University Press, 1913.

- FAY. — *L'Esprit révolutionnaire en France et aux Etats-Unis à la fin du XVIII^e siècle*. Paris, Champion 1925.
- Le Fédéraliste*, 1788. Traduction Boucard et Jèze, 1902.
- FISHER. — *Evolution of the Constitution of the United States*. Philadelphia, Lippincott, 1897.
- FORD. — *The Cost of Our National Government*, New-York Columbia University Press, 1910.
- FOSTER. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston Book C^{ie}, Boston, 1896.
- FUZIER-HERMAN. — *La Séparation des Pouvoirs*. Marescq, Paris 1880
- GARNER. — *Idées et Institutions Américaines*. Giard, Paris, 1921.
- GARNER. — *Introduction to Political Science American Book C^o*. New-York, 1910.
- GOODNOW. — *Comparative Administrative Law* Putnam, New-York, 2 vol. 1893.
- GOODNOW. — *Principles of the Administrative Law of the United States*. New-York, Putnam, 1905 ; traduction française, Jèze, Paris, Giard, 1907.
- GNEIST. — *Englische Verfassungsgeschichte*. Berlin of Springer, 1882.
- GETTEL. — *History of Political thought, Century*. New-York, 1924.
- GREENE. — *The provincial Governor*. Cambridge, Harvard University Press, 1898.
- HARDING. — *The federal Constitution in Massachussets*, Cambridge Harvard University Press, 1896.
- HAURIUO. — *Précis de Droit Constitutionnel*. Sirey, 1923.
- HAURIUO. — *Précis de droit administratif*. Paris, Sirey, 9^e édit., 1919.
- HOLCOMBE. — *State Government in the United States*. Macmillan, New-York, 1916.
- HOLST (von). — *The constitutional and Political History of the United States*. Chicago, Callaghan, 1879.
- JANET. — *Histoire de la Science politique dans ses rapports avec la morale*. Paris, Alcan, 2 vol., 3^e édit., 1887.
- JEFFERSON. — *Observations sur la Virginie*. Traduction par l'abbé Morellet. Paris, Barrois, 1786.
- JEFFERSON. — *Mélanges politiques et philosophiques*. Paris, Paulin, 2 vol. 1823.
- JELLINEK. — *L'Etat moderne et son droit*. Trad. Fardis Paris, 1^{er} vol. Fontemoing, 1904. 2^e volume, Giard, 1913.

- JEZE. — *Cour de Sciences des Finances. Le Budget*. Paris, Giard, 6^e édition, 1922.
- KANT. — *Principes métaphysiques du droit*. Paris, Ladrangé, 1853.
- KAYE. — *Readings in Civil Government*. — New-York, Century, 1916.
- KENT. — *Commentaries on American Law* New-York. 3^e édition 4 vol., 1836.
- KIMBALL. — *National Government of the United States*. New-York, Century, 1920.
- KIMBALL. — *State and Municipal Government in the United States* New-York, Century, 1922.
- LAMBERT. — *Le Gouvernement des Juges*. M. Giard, Paris, 1921.
- LASKI. — *A Grammar of Politics*. London, George Allen & Unwin, Ltd., 1925.
- MACY and GANNAWAY. — *Comparative Free Government*. New-York, Macmillan 1918.
- MADISON. — *Notes on the Debates of the Federal Convention*. Editées par Gaillard Hunt et James Brown Scott. Dotation Carnegie 1920.
- MADISON. — *The Writings*, édité par Gaillard Hunt. New-York, Putnam, 5 vol., 1900-1904.
- MAITLAND. — *The Constitutional History of England*. Cambridge, University Press, 1908.
- MERRIAM. — *History of American Political Theories*, New-York Macmillan, 1918.
- MEIGS. — *The Growth of the Constitution*. Lippincott Philadelphia, 1900.
- MONTESQUIEU. — *L'Esprit des Lois*. Paris, Edition Garnier (1922).
- NOAILLES (DE) duc. — *Cent ans de République aux Etats-Unis*. Paris, C. Lévy, 1886-1889.
- PAINE. — *Writings*. Édité par Moncure Conway. New-York Putnam, 4 vol., 1894-1986.
- PERLEY POORE (Ben). — *The Federal and State Constitutions, colonial charters and other organic laws of the United States*. Washington, 2 vol., 1878.
- PIKE. — *A Constitutional History of the House of Lords*. London, Macmillan 1894.
- POUND (Cuthbert). — *The Judicial Power*, *Harvard Law Review* may 1922. P. 787-797.
- POWELL. — *The separation of Powers*. *Political Science Quarterly*

- Vol. XXVII, 1912, p. 215 et suivantes. vol. XXVIII, 1913, p. 34 et suivantes.
- RAWLÉ. — *A View of the Constitution of the United States*. Philadelphia, Carly et Sea 1825.
- SAINT-GIRONS. — *La Séparation des Pouvoirs*. Paris, Larose, 1881.
- SHORT. — *The Development of the National Administrative organisation* Baltimore. Johns Hopkins Press 1923.
- SMITH. — *The Spirit of the American Government*. New-York Chatauqua Press, 1911.
- STEVENS. — *Les Sources de la Constitution des Etats-Unis*. Traduction Vossion. Paris, Guillaumin 1897.
- STORY. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston, Little Brown et Cie, 5^e édition, 2 vol., 1891.
- STUBBS. — *Histoire Constitutionnelle de l'Angleterre*. Edition française. Paris, Giard, 2 vol, 1907-1913.
- Supreme Court Reports*, United States.
- Le Temps*. — Le 15 nov. 1925 ; le 19 nov. 1925 ; 29 nov. 1925 ; le 3 déc. 1925 ; le 20 déc. 1925. Enquête de George Suarez sur le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en France.
- THORPE. — *A constitutional History of the American People*. 1776-1850. New-York, Harper, 2 vol., 1898.
- TOCQUEVILLE (DE). — *Democracy in America*. American colonial Press, 2 vol., 1900.
- WILLOUGHBY W. F. — *The Gouvernement of Modern States*. New-York, Century 1919.
- WILLOUGHBY W. W. — *The Constitutional Law of the United States* New-York Baker Voorhis & Co, 2 vol., 1910.
- WILSON. — *Constitutional Government in the United States*. New-York Columbia University, Press, 1911.
- WILSON. — *Le Gouvernement Congressionnel*. Giard, Paris. Traduc. sur 13^e édition 1900.
- WILSON. — *Division and Réunion* New-York Longman Green & Cie 1893.
- WILSON. — *The State*. Boston Heath & Cie 1895, traduction française Giard, 1902.
- WOOLSEY. — *Political Science on the State*. London Sampson Law & Co. 2 vol, 1878.
- YOUNG. — *The New American Government and its Work* New-York. Macmillan 1918.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Première partie. — Introduction.....	1
Chapitre I. — <i>Cadre de cette étude</i>	1
Chapitre II. — <i>Signification de « La Séparation des Pou- voirs »</i>	11
Section I. — <i>Significations abstraites</i>	15
Section II. — <i>Signification historique</i>	22
Deuxième partie. — Conditions dans lesquelles fut élaborée la constitution et la séparation des pouvoirs	37
Chapitre I. — <i>Conditions de fait</i>	38
Chapitre II. — <i>Milieu d'idées et la Séparation des Pou- voirs</i>	46
Section I. — <i>Théorie des freins et des contre poids</i>	47
Section II. — <i>Aspect social de la théorie des freins et des contrepoids</i>	64
Section III. — <i>Théorie du Gouvernement mixte</i> ...	71
Chapitre III. — <i>L'esprit de la Convention et la Sépara- tion des Pouvoirs</i>	77
Section I. — <i>L'esprit pratique et la méthode prag- matique</i>	77
Section II. — <i>L'expérience des Constituants et la Séparation des Pouvoirs</i>	91
Troisième partie. — La formation de la constitu- tion dans la convention et « la séparation des Pou- voirs »	101
Chapitre I. — <i>Projets présentés à la Convention ou coup d'œil d'ensemble</i>	101

CHAPITRE II. — <i>Le législatif et « La Séparation des Pou- voirs »</i>	112
SECTION I. — Le système bicameral.....	112
SECTION II. — La Spécialisation et le Législatif.....	116
SECTION III. — L'Indépendance du Législatif.....	121
CHAPITRE III. — <i>L'exécutif et « La Séparation des Pou- voirs »</i>	131
SECTION I. — L'élection et l'Indépendance de l'Exécutif.....	131
SECTION II. — La Spécialisation et l'Exécutif.....	147
CHAPITRE IV. — <i>Le judiciaire et la séparation des Pou- voirs</i>	157
SECTION I. — L'indépendance du Judiciaire.....	157
SECTION II. — Le droit de déterminer la Constitu- tionnalité des Lois.....	165
CONCLUSION.....	186
BIBLIOGRAPHIE	191

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE R. BUSSIÈRE.
